Das richterliche Prüfungsrecht im nationalsozialistischen Staat unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

Karl Mast

Referendar aus Tübingen.

Buchdruckerei Hermann Kuhn, Schwenningen am Neckar.
1937

Dekan: Prof. Dr. Eisser.

Berichterstatter: Prof. Dr. Eduard Kern.

Tag der mündl. Prüfung: 28. 9. 1937.

Zum Druck genehmigt von der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Universität Tübingen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549601_0076

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung

§ 1. Die Fragestellung und der Ausgangspunkt ihrer Beantwortung im nationalsozialistischen Staat 1
§ 2. Der Plan der Untersuchung 3

B. Kurzer geschichtlicher Ueberblick über die Entwicklung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes 5

§ 3. Zur Zeit der Reichsgerichte (Reichskammergericht und Reichshofgericht) 5
§ 4. Im absoluten Staat 7
§ 5. Im konstitutionellen Staat 9
§ 6. Im Weimarer Staat 16

C. Die Rechtsprechung im nationalsozialistischen Staate zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes 25

I. Die Rechtsprechung zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Staates 25

§ 7. Das materielle Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers . . 25
§ 8. Das formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsregeln des nat.-sozialistischen Reichsgesetzgebers 30
§ 9. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Verordnungen der Reichsminister 33
§ 10. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen Verordnungen 36
§ 11. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesgesetzen 38
§ 12. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesverordnungen 41

II. Die Rechtsprechung zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates . . 44

§ 13. Das materielle und formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates . . . 44
§ 14. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung 47
§ 15. Die Rechtsprechung zur Frage der Weitergeltung der Weimarer Reichsverfassung 62

Seite

D. Das richterliche Prüfungsrecht im nationalsozialistischen Staat 68

I. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Staates 68

§ 16. Das materielle Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers . 68

1. Der Ausgangspunkt zur Lösung des Problems und die Lösung 68

2. Die Begründung der Lösung des Problems 71

a. Der Führergedanke und die Verantwortlichkeit des Führers 71

b. Der Führergedanke und seine Verwirklichung. Die Einheit der Staatsgewalt 75

c. Der Führergedanke und der Gedanke der Autorität 83

d. Die Totalität der nationalsozialistischen Weltanschauung 86

3. Zusammenfassung und Hinweis auf das Schrifttum . . 87

§ 17. Das formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers 90

§ 18. Die Unterscheidung von Gesetz und Verordnung im neuen Staat 96

§ 19. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Verordnungen der Reichsminister 102

§ 20. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen Verordnungen 110

§ 21. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesgesetzen 115

§ 22. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesverordnungen 124

II. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates 132

§ 23. Das materielle und formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates . . . 132

§ 24. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung 135

§ 25. Die Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung 147

E. Zusammenfassung 155

F. Tabelle 160

Schrifttum.

A. Das Schrifttum vor 1933:

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs. 13. Aufl. Berlin 1930.

Arndt, Die Verfassung des Freistaats Preußen. Berlin-Leipzig 1921.

Binder, Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht. 5. Aufl. Stuttgart 1875. Allgemeines Staatsrecht. 6. Aufl. Stuttgart 1876.

Bornhak, Die preußische Verfassung. Berlin 1921.

Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Göttingen 1835, Bd. 2 u. 3.

Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Berlin 1925.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. Tübingen 1928.

Häberlin, Handbuch des Teutschen Staatsrechts. Frankfurt 1794 Bd. 2.

Huber, Rudolf, Die Verfassung des Freistaats Preußen. Mannheim-Berlin-Leipzig 1921.

Hubrich, Das Demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reichs. Greifswald 1921.

Kern, Der gesetzliche Richter. Berlin 1927.

Koellreutter, Volk u. Staat in der Verfassungskrise. Berlin 1932.

Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München 1924 Bd. 1. Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Aufl. Leipzig 1895 B. 1.

Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. München u. Leipzig 1919, III. Teil.

Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik. Bd. 2.

Montesquieu, De L'Esprit des Lois. 1748, Bd. 2, Buch XI.

Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung v. 11. Aug. 1919. 3. Aufl. Berlin 1928.

Rousseau, Du contrat social ou principes du droit politique. 1762.

Sarwey, Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz u. Verordnung. Berlin 1918.

Schmitt, Carl, Politische Theologie. München u. Leipzig 1922. Verfassungslehre. Leipzig 1928. Begriff des Politischen. München 1932. Legalität u. Legitimität. München u. Leipzig 1932.

Schröder, Richard u. Eduard Freiherr von Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932.

Lorenz von Stein, Verwaltungsrechtslehre. 2. Aufl. Stuttgart 1869.

von Sybel, Die Begründung des Deutschen Reichs. München u. Leipzig 1892 Bd. 1.
Vogels, Die Preußische Verfassung. Berlin 1921.
Waldecker, Allgemeine Staatslehre. Berlin 1927.
Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.

B. Das Schrifttum seit 1933:

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs. 14. Aufl. Berlin 1933.
Becker, Diktatur u. Führung. Tübingen 1935.
Bornhak, Deutsche Verfassungsgeschichte vom westfälischen Frieden an. Stuttgart 1934.
Forsthoff, Der totale Staat. Hamburg 1933.
Franzen, Gesetz u. Richter. Hamburg 1935.
Frick, Der Neubau des Deutschen Reiches. Berlin 1935.
Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reichs. Tübingen 1933.
Gloz, Das richterliche Prüfungsrecht im neuen Staat. Diss. Köln 1935.
Goebbels, Der Faschismus u. seine praktischen Ergebnisse. 1934.
Vom Kaiserhof zur Reichskanzlei. München 1934.
Göring, Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Berlin 1935.
Granzow, Die richterliche Nachprüfung von Verwaltungsakten im Recht des nationalsozialistischen Staates. Diss. Göttingen 1935.
Henkel, Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. Hamburg 1934.
Hildebrandt, Die Rechtsfindung im neuen Deutschen Staat. Berlin u. Leipzig 1935.
Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken. Hamburg 1934.
Vom Wesen der Gemeinschaft. 1934.
Ernst von Hippel, Die Krise des Rechtsgedankens. 1933.
Hitler, Mein Kampf. 25. Aufl. München 1933.
Die Reden Hitlers als Kanzler. München 1933/1934.
Die Reden Hitlers am Parteitag der Freiheit. München 1935.
Huber, Ernst Rudolf, Wesen u. Inhalt der politischen Verfassung. Hamburg 1935. Verfassung. Hamburg 1937.
Jerusalem, Der Staat. Jena 1935.
Kern, Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechtes. Tübingen 1936.
Koellreutter, Grundriß der Allgemeinen Staatslehre. Tübingen 1933.
Deutsches Verfassungsrecht. 1. Aufl. Berlin 1935.
Deutsche Verfassung. Berlin 1936, 2. Aufl..
von Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1935.
Köttgen, Verwaltung. Berlin 1937.

Krüger, Heinrich, Die Verfassung der nationalen Revolution. Dresden 1933.
Krüger, Herbert, Führer u. Führung. Breslau 1935.
Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht. München u. Leipzig 1937.
Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Tübingen 1934.
Larenz, Rechts- u. Sozialphilosophie der Gegenwart. 2. Aufl. Berlin 1935.
Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. Hamburg 1934. Verwaltung. Hamburg 1937.
Merk, Verfassungsschutz, Stuttgart 1935.
Meißner-Kaisenberg, Staats- u. Verwaltungsrecht im Dritten Reich. Berlin 1935.
Mundt, Die Verwaltungsverordnung. Diss. Göttingen 1936.
Münz, Fehler des Gesetzgebungsverfahrens. Diss. Berlin 1934.
Neesse, NSDAP.. Versuch einer Rechtsdeutung. Stuttgart 1935. Partei u. Staat. Hamburg 1936.
Nicolai, Der Staat im nationalsozialistischen Weltbild. 3. Aufl. Leipzig 1934.
Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz vom 30. 1. 1934. Heft 9: Das Recht der nationalen Revolution. Berlin 1934.
Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht. Berlin 1933 ff.
Quecke, Reichsenteignungsrecht. Berlin 1936.
Reitis, Die richterliche Nachprüfung von Staatsakten im nationalsozialistischen Staat. Diss. Göttingen 1936.
Scheuner, Gesetz u. Einzelanordnung. Jena 1935.
Schlegelberger-Hoche, Das Recht der Neuzeit. 11. Aufl..
Schmelzeisen, Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild. Leipzig 1934 u. 1936.
Schmitt, Carl, Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933.
Stratenwerth, Verordnung u. Verordnungsrecht im Deutschen Reich. Berlin 1937.
Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht. Berlin 1934.
Tigges, Die Stellung des Richters im modernen Staat. Berlin 1935.
Walz, Das Ende der Zwischenverfassung. Stuttgart 1933.
Weber-Wieacker, Eigentum u. Enteignung. Hamburg 1935.

C. Nachtrag zu A.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. u. 5. Aufl. Tübingen.

Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Prüfungszuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Berlin 1927.
Stier-Somlo, Deutsches Reichs- u. Landesstaatsrecht. Berlin u. Leipzig 1924, Bd. 1.
Das Preußische Verfassungsrecht. Bonn 1922.

D) Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Handwörterbücher und dergl.

Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung u. Statistik. Begründet von Hirth u. Seydel.
Archiv des öffentlichen Rechts. (Arch. ö. R.).
Archiv für zivilistische Praxis. (Arch. ziv. Prax.).
Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie.
Berichte u. Protokolle des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin 1920.
Das Recht.
Deutsche Juristenzeitung. (DJZ.).
Deutsche Justiz. (DJ.).
Deutsche Rechtspflege.
Deutsches Recht. Zentralorgan des BNSDR. (DR.).
Deutsche Rechtswissenschaft.
Deutsche Richterzeitung. (DRZ.).
Deutsches Strafrecht.
Deutsche Steuerzeitung.
Deutsche Verwaltung.
Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. Hans Frank. München 1937.
Die Justiz.
Die Tat.
Die Verwaltungsakademie.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofes.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung.
Fischer, Zeitschrift für Praxis u. Gesetzgebung der Verwaltung; ab Bd. 56 (1924): Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 4
Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
Jherings-Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Justizministerialblatt.
Juristische Wochenschrift. (JW.).
Junge Kirche.
Nationalsozialistisches Handbuch für Recht u. Gesetzgebung. 2. Aufl. München 1935.
Politisches Handwörterbuch von Herres.

Preußisches Verwaltungsblatt.
Recht.
Reichsministerialblatt.
Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (RuPr. Verw.Bl.) seit 1934 Reichsverwaltungsblatt (RVerw.Bl.).
Sächsisches Archiv.
Sächsisches Ministerialblatt.
Veröffentlichungen der Vereinigten Staatsrechtslehrer. Berlin u. Leipzig 1924.
Völkischer Beobachter.
Württembergische Zeitschrift für Verwaltung u. Verwaltungsrechtspflege.
Wörterbuch des Staats- u. Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Tübingen 1914.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. (Ak. f. DR.).
Zeitschrift für Ostrecht.
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. (Z. f. ges. St.W.).
Zeitschrift für Zivilrecht u. Prozeß. Gießen.

A. Einleitung.

§ 1. Die Fragestellung und der Ausgangspunkt ihrer Beantwortung im nationalsozialistischen Staat.

Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts, besser der richterlichen Prüfungszuständigkeit lautet allgemein gefaßt dahin: „Ist der Richter zuständig, Handlungen des Gesetzgebers auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen und ihnen unter Umständen die Rechtsgültigkeit abzusprechen“[2]). In dieser Fassung kann die Frage für jedes Staatswesen Geltung beanspruchen[3]). Denn sie ist ein Ausschnitt aus der umfassenderen Frage des Verhältnisses von Richter und Gesetz. Dieses Verhältnis ist aber für jedes Staatswesen von höchster Bedeutsamkeit[4]). Seine Gestaltung im Einzelnen hängt ab von der jeweils herrschenden Staats- und Rechtsauffassung. Eine grundlegende Umwälzung der Staatsauffassung wird stets auch eine Veränderung des Verhältnisses von

[2]) Schack hat in seiner Arbeit, „Die Prüfung der Rechtmässigkeit von Gesetz u. Verordnung“, das Problem des richterlichen Prüfungsrechts von verwandten Problemkreisen in eingehenden u. scharfsinnigen Untersuchungen abgegrenzt. (S. 1—24). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

[3]) Die Rechtmäßigkeit des Gesetzes wurde im Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts stets auf die Verfassungsurkunde bezogen. Das Problem besitzt aber, von dieser Beziehung losgelöst, eine allgemeinere Bedeutung. Das wird auch von Gloz erkannt. (vgl. Gloz, Das richterliche Prüfungsrecht im neuen Staat, S. 1, Anmerkung 2.).

[4]) Darin liegt gleichzeitig ein Hinweis für die Richtigkeit der Behauptung, das Problem der richterlichen Prüfungszuständigkeit gehöre nicht ausschließlich dem Verfassungsstaat des liberalen Zeitalters an. Denn so wenig die Frage des Verhältnisses von Richter u. Gesetz ausschließlich dem Verfassungsstaat liberaler Prägung angehört, so wenig gehört die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes ausschließlich dem Verfassungsstaat der liberalen Zeit an. Letztere Frage hat zwar im Verfassungsstaat eine besondere Bedeutung erlangt. Wie die Geschichte des Staatsrechts zeigt, bestand sie auch schon in früheren Epochen der modernen Staaten.

Richter und Gesetz nach sich ziehen. Daraus folgt, daß die Beantwortung der Frage des richterlichen Prüfungsrechts kaum für einen Staat und kaum für ein Zeitalter gleichartig sein wird.

Der n.s. Staat steht zum Weimarer Staat in denkbar schärfstem Gegensatz. Es kann deshalb von vornherein gesagt werden, daß der Stand des Problems im Weimarer Staat der Vergangenheit und damit der Geschichte angehört. Von dieser Erkenntnis wird man ausgehen müssen, sollen anders unrichtige Ergebnisse vermieden werden. Es kann demnach sicherlich wenig überzeugen, wenn mitunter die Beantwortung des Problems lediglich mit dem Hinweis auf den früheren Rechtszustand begründet wird[5]). Soll eine der heutigen Staatsauffassung entsprechende Lösung gefunden werden, so ist die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes einer erneuten, sorgfältigen Untersuchung zu unterziehen. Das gilt insbesondere auch für die Maßstäbe, die ev. zur Feststellung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsregel dienen könnten. Denn es ist nicht ohne weiteres gesagt, daß die im Weimarer Staat gebräuchlichen Maßstäbe, unter denen die Verfassungsurkunde eine hervorragende Stellung einnahm, auch heute noch verwendbar sind. Mit anderen Worten: die Rechtmäßigkeit im Sinne des liberalen Zeitalters braucht eben nicht identisch zu sein mit der Rechtmäßigkeit, wie sie im n.s. Staat verstanden wird. Ausgangspunkt einer Untersuchung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes im heutigen Staate kann demnach allein das Staatsrecht des neuen Staates und die ihn aufbauende und tragende n.s. Weltanschauung sein. Setzt man die Grundsätze des neuen Staatsrechts und der n.s. Weltanschauung zu der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes in Beziehung, so wird man zu Ergebnissen gelangen, die der heutigen Zeit gerecht werden.

[5]) In diesen Fehler verfällt beispielsweise Gloz a.a.O. S.3. Er führt dort in Anmerkung 1 aus: „An dieser Stelle kann gesagt werden, daß die Prüfung der durch Delegation entstandenen Verordnungen in Bezug auf ihre Uebereinstimmung mit dem delegierenden Gesetz aus der Untersuchung auszuscheiden hat, da diese immer bejaht worden ist". Gloz billigt also dem Richter mit dem Hinweis auf den früheren Rechtszustand die Prüfungszuständigkeit gegenüber VO.en zu, die auf einer Ermächtigung beruhen. Sein Ergebnis ist denn auch unrichtig, wie später nachgewiesen wird.

§ 2. Der Plan der Untersuchung.

Als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes wurde das neue Staatsrecht und die n.s. Weltanschauung festgestellt. Trotzdem wird dieser Arbeit ein kurzer Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems vorangestellt werden. Der Verfasser läßt sich hierbei von zwei Erwägungen leiten. Einmal wird eine geschichtliche Betrachtung für das Verständnis des gesamten Problems nur förderlich sein. Hinzu kommt, und das ist der entscheidende Gesichtspunkt, daß nach einer derart umfassenden geistigen Umwälzung, wie wir sie am 30. 1. 1933 erlebt haben, eine Auseinandersetzung mit dem in der vergangenen Zeit herrschenden Rechtszustand dringend notwendig erscheint. Das neue Staatsrecht ist ja erst im Werden. Noch ist die Wissenschaft genötigt, teilweise mit den in der früheren Zeit geschaffenen Begriffswerkzeugen zu arbeiten. Allmählich nur bilden sich die dem neuen Staat gerecht werdenden Begriffe heraus. In der Uebergangszeit ist deshalb das Neue dem Alten besonders schroff gegenüberzusetzen. Nur so wird das unmerkliche Einschleichen von Fehlerquellen vermieden werden können. Anschließend an die geschichtliche Betrachtung wird sodann die Entwicklung des Problems in der Rechtsprechung des n.s. Staats aufgezeigt werden. Gleichzeitig wird der von der Rechtsprechung bei Abschluß dieser Arbeit erreichte Stand des Problems ermittelt. Dabei sind die Rechtsnormen der früheren Zeit und die Rechtsnormen des n.s. Staates getrennt zu untersuchen. Dieses Verfahren findet seine Begründung in der Erwägung, daß bei den Rechtsnormen des alten Staates eine ganze Reihe neuer Einzelfragen auftaucht. In erster Linie muß festgestellt werden, ob überhaupt grundsätzlich die alte Rechtsordnung vom neuen Staat übernommen wurde. Diese Frage kann schon hier bejahend beantwortet werden. Nach der Machtergreifung war der neue Staat genötigt, die bestehende positive Rechtsordnung grundsätzlich — wenigstens vorläufig — zu übernehmen. Denn es ist auch für den tüchtigsten Gesetzgeber ein Ding der Unmöglichkeit, die nahezu unübersehbar umfangreiche Rechtsordnung eines modernen Staatswesens von heute auf

morgen von Grund aus um- und neuzugestalten. Die Folge eines derartigen Versuchs würde ein allgemeines Chaos und eine erhebliche Schädigung des davon betroffenen Volkes bedeuten. Der Führer und n.s. Gesetzgeber hat deshalb — und wird dies auch in Zukunft tun — die alte Rechtsordnung nur Schritt für Schritt beseitigt. Die Gesetzgebung im neuen Staat ist hierfür der trefflichste Beleg[1]). Es steht somit fest, daß der neue Staat die Rechtsnormen der früheren Zeit zunächst grundsätzlich übernommen hat. Doch bleibt immer noch die Frage: inwieweit hat der neue Staat die alte Rechtsordnung übernommen? Hat er sie insoweit übernommen, als er sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch seine Gesetze außer Kraft gesetzt hat? Oder scheiden die Rechtsnormen aus, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie nach dem im Weimarer Staat herrschenden Rechtszustand Rechtsgültigkeit besaßen? Und wie verhält es sich mit den Rechtsnormen, die mit dem heutigen Rechtsdenken, der n.s. Weltanschauung, in unlößlichem Widerspruch stehen? Die beiden letztgenannten Fragen sind durchaus verschieden. Bei der ersten handelt es sich um den Gegensatz zwischen den Rechtsnormen des alten Staates; bei der letzten um den Gegensatz zwischen n.s. Weltanschauung und Rechtsnormen des alten Staates. Abschließend wird noch die Frage der Weitergeltung der Weimarer Reichsverfassung (WRV.) gestreift werden. Die Frage, inwieweit der neue Staat die alte Rechtsordnung übernommen hat, ist durchaus naheliegend. Die n.s. Revolution, als eine geistige Revolution, hat einen völligen Umbruch des Rechtsdenkens herbeigeführt. Dementsprechend müssen zwangsläufig zahlreiche Rechtsnormen des alten Staates mit dem neuen Rechtsdenken in mehr oder weniger scharfem Widerspruch stehen. Es kann deshalb auch nicht überraschen, wenn die Frage, ob der Richter gegen die Rechtsnormen des alten Staates entscheiden darf, unmittelbar nach der Machtergreifung im Brennpunkt des Interesses stand. Die Bedeutung dieser Frage nimmt allerdings mit fortschreitender Gesetzgebung des neuen Staates ab und die Zeit wird nicht allzu ferne sein, wo ihr eine praktische

[1]) vgl. Freisler, „Gedanken zur Vereinheitlichung der staatlichen Rechtswahrung des deutschen Volkes", DJ. 1935/82.

Bedeutung nicht mehr zukommen wird. Im Aufbau der Arbeit wird die Rechtsprechung zu der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des neuen Staates vorangestellt werden. Denn die Antwort auf diese Frage ist für die Lösung der Probleme, die bei den Rechtsnormen des alten Staates auftauchen, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird sich im Verlaufe der Untersuchungen herausstellen. Dieselbe Einteilung wird im wesentlichen auch bei der Darstellung der Stellungnahme des Verfassers zu dem Gesamtproblem beibehalten. Geringe Abweichungen ergeben sich lediglich aus der Notwendigkeit, eine Abgrenzung zwischen den Begriffen Gesetz i. e. Sinn und Verordnung vorzunehmen. Diese Abgrenzung ist erforderlich, weil die Begriffe Gesetz i. e. Sinn und Verordnung vielfach verwischt werden. Das Ergebnis der Untersuchung wird sodann abschließend zwecks Ermöglichung eines raschen Ueberblicks in gedrängter Darstellung zusammengefaßt werden.

B. Kurzer geschichtlicher Ueberblick über die Entwicklung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes.

§ 3. Zur Zeit der Reichsgerichte (Reichskammergericht und Reichshofgericht).

Der deutsche Staat des Mittelalters ist gekennzeichnet durch den Kampf zwischen Reichs- und Territorialgewalt. Den Territorialfürsten gelang es im Verlaufe der Zeit ein Hoheitsrecht nach dem anderen zu erlangen. Die Art und Weise und der Umfang des Erwerbes waren in den einzelnen Territorien durchaus verschieden. Die Summe der Hoheitsrechte bildete die sog. „Landeshoheit"; sie war der Inbegriff[1]) aller dem Landesfürsten zustehenden Einzelrechte, ein Bündel von Hoheitsrechten[2]). Zu diesen Hoheitsrechten

[1]) Karl Friedrich Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Göttingen 1835, 2. Teil, § 299.

[2]) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Tübingen, 1928 S. 29.

zählte u. a. die potestas jurisdictionis u. das damit zusammenhängende jus legislatorium, d. h. das Recht der Aufstellung von Rechtssätzen für Zivil- u. Strafrecht[3]).

Die den Landesfürsten zustehende Gewalt war keine unabhängige, selbständige, sondern nur eine abgeleitete, delegierte Gewalt[4]). Eine weitere Begrenzung fand sie in den sog. „wohlerworbenen" auf besonderen Rechtstiteln beruhenden Rechten der Untertanen. Denn diese wohlerworbenen Rechte, genannt „jura quaesita", bildeten auch der Gesetzgebung gegenüber eine Rechtsschranke[5]).

Welche Rechte den Landesfürsten im einzelnen nun tatsächlich zustanden, war durch Gesetze nicht abgegrenzt[6]). Ihrem Streben, die eigene Macht auf Kosten des Reichs und ihrer Untertanen zu erweitern, wäre kein Hindernis im Weg gestanden, wenn nicht die Reichsgerichte (Reichskammergericht und Reichshofrat) mit konkurrierender Gerichtsbarkeit über den Landesfürsten gestanden hätten. Die Reichsgerichte hatten die Aufgabe, darüber zu wachen, daß die Grenzen der landesherrlichen Befugnisse gegenüber dem Reich und den Untertanen eingehalten wurden[7]). Unstreitig stand ihnen das Recht zu, die Landesgesetze daraufhin nachzuprüfen, ob sie nicht mit Reichsgesetzen in Widerspruch standen. Diese Befugnis der Reichsgerichte bildete nochmals eine — wenn auch schwache — Klammer für das aus den Fugen gehende Reich. Die größeren Territorien setzten sich freilich sehr bald auch über diese Schranke hinweg und beachteten die ihnen nicht genehmen Entscheidungen der Reichsgerichte nicht. Dem Grundsatz nach blieben jedoch die Befugnisse der Reichsgerichte bestehen, solange es eine Reichsgerichtsbarkeit gab[8]).

---

[3]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München 1924, S. 29.

[4]) Gneist, Verhandlungen des 4. Deutschen Juristentags 1864, Berlin 1/223. Die Gewalt der LF.en leitete sich v. d. Reichsgewalt her.

[5]) O. Mayer, a.a.O. S. 32.

[6]) Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 1925 S. 238.

[7]) O. Mayer, a.a.O. § 3 S. 29.

[8]) Ludwig von Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1935 S. 38/39.

Das Prüfungsrecht der Reichsgerichte beschränkte sich aber nicht auf die Nachprüfung der Landesgesetze. Es erstreckte sich auch auf die Vereinbarkeit der kaiserlichen Reskripte mit den Reichsgesetzen. Nachprüfbar waren dabei lediglich kaiserliche Reskripte, die einen Spezialfall regelten. In verschiedenen Wahlkapitulationen wurde ausdrücklich bestimmt, daß die Reichsgerichte kaiserliche Reskripte, die gegen die Wahlkapitulationen oder ein Reichsgesetz verstießen, nicht befolgen dürften. Solche ausdrücklichen Bestimmungen sind insbesondere in der Wahlkapitulation Karl VII., Art. 16 § 11 und Franz I., Art. 16 § 7 enthalten[9]).

Ein Prüfungsrecht der Reichsgerichte gegenüber Gesetzen und Verordnungen des Reiches bestand dagegen nicht[10]); denn ein richterliches Nachprüfungsrecht wurde nur insoweit anerkannt, als es dem Schutze subjektiver ständischer Rechte diente[11]). Die Stände waren beim Zustandekommen der Reichsgesetze beteiligt[12]). Eine Bedrohung der ständischen Rechte von dieser Seite glaubte man deshalb nicht befürchten zu müssen.

Mit der Auflösung des alten deutschen Reiches fand auch das richterliche Nachprüfungsrecht der Reichsgerichte sein Ende[13]).

Im Gegensatz zu den Reichsgerichten stand den Territorialgerichten ein richterliches Prüfungsrecht nicht zu. Die Territorialgerichte hatten lediglich nachzuprüfen, ob die anzuwendenden Gesetze in der gehörigen Form ausgefertigt waren[14]).

§ 4. Im absoluten Staat.

Die Stellung der Reichsgerichte war gegenüber der immer mehr um sich greifenden Landeshoheit nicht lange

[9]) Auf die Streitfrage, ob das Prüfungsrecht der Reichsgerichte auch gegenüber allgemeinen kaiserlichen Anordnungen bestand, ist hier nicht einzugehen; vgl. Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz u. Verordnung, 1918, S. 43 f.

[10]) Schack, a.a.O., S. 45.

[11]) Tigges, Die Stellung des Richters im modernen Staat, Berlin 1935, S. 98.

[12]) Karl Friedrich Eichhorn, a.a.O., Bd. III, § 437, S. 337.

[13]) Tigges, a.a.O., S. 97.

[14]) Gneist, a.a.O. S. 226; Schack, a.a.O. S. 46.

zu halten[1]). Der erste Erfolg, den die Landesfürsten im Kampf um die Justizhoheit zu buchen hatten, war die Erlangung des Privilegiums „de non appellando et de non evocando"[2]). Die Untertanen durften in diesen Territorien weder gegen die Urteile der Territorialgerichte Berufung an ein kaiserliches Gericht einlegen, noch konnten sie in erster Instanz vor ein kaiserliches oder anderes Gericht als das ihres Landes gezogen werden[3]).

Der weitere Verlauf des Kampfes führte sodann zu einer völligen Umkehrung des Machtverhältnisses zwischen Reichs- und Territorialgewalt. Die Staatsgewalt (und somit auch die Justizhoheit) der Landesfürsten erschien nun nicht mehr als ein besonderes Privileg, sondern als Grundsatz. Die oberstrichterliche Gewalt des Kaisers blieb nur als Reservatrecht des Kaisers übrig[4]). Schließlich beseitigten die zu Landesherren gewordenen Territorialfürsten alle Schranken. Die Lehre von der Souveränität, als der höchsten, keiner anderen irdischen Macht unterworfenen Gewalt, hatte in den Territorien im Gegensatz zum Reich den Sieg davongetragen. Sie ist das Kennzeichen des absoluten Staates. Der Landesherr ist souverän, denn er entscheidet über den Ausnahmezustand[5]). Der Landesherr handelte dabei nicht in Geltendmachung eines Hoheitsrechtes, sondern im Namen des Staates. „Er war nur Gott und seinem Gewissen verantwortlich"[6]). Das Staatsoberhaupt konnte sich zwar selbst Schranken setzen; es war aber jederzeit in der Lage, dieselben wieder zu beseitigen[7]). Mit Recht wird deshalb für diese Zeit gesagt: „Der Monarchenwille ist das Gesetz"[8]). Der Landesherr erließ die Gesetze unter den verschiedensten Bezeichnungen: „Edikte, Reskripte, Dekrete, Verord-

[1]) O. Mayer, a.a.O., S. 37/38.
[2]) Häberlin, Handbuch des Teutschen Staatsrechts, 1794, Bd. II, S. 440 f. u. 458 f.; Tigges, a.a.O. S. 18 f.
[3]) Konrad Bornhak, Deutsche Verfassungsgeschichte 1934, § 9 S. 78; Richard Schröder u. Eduard Freiherr v. Künssberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1932 S. 595.
[4]) Häberlin, a.a.O., § 263 S. 304 f.
[5]) Carl Schmitt, Politische Theologie, München u. Leipzig 1922, S. 9 u. 19.
[6]) Ludwig v. Köhler, a.a.O., S. 39 f..
[7]) Schack, a.a.O., S. 47.
[8]) Waldecker, Allgemeine Staatslehre, 1927, S. 61.

nungen usf.". Diese verschiedenen Bezeichnungen für das Gesetz bedeuteten jedoch keinen Rangunterschied; Gesetz und Verordnung unterschieden sich regelmäßig nur dadurch, daß Rechtsnormen von geringerer Bedeutsamkeit „Verordnungen" genannt wurden.

Der Gesetzesbegriff, der demnach im Zeitalter des absoluten Staates denkbar einfach war, ließ eine Nachprüfung des Gesetzes nicht zu[9]). Die moralische Verpflichtung des Staatsoberhauptes, sich innerhalb der von ihm selbst gesetzten Schranken zu halten, gab dem Richter keinesfalls die Befugnis, Uebergriffe des Herrschers abzuwehren. Der Richter war Untertan genau so wie jeder andere Staatsbürger auch und wie dieser den Befehlen seines Herrschers unterworfen. Dem Richter blieb somit nur das Recht und die Pflicht, zu prüfen, ob überhaupt ein Befehl des Monarchen vorlag.

§ 5. Im konstitutionellen Staat.

Hatte der absolute Staat ein richterliches Prüfungsrecht nur insoweit anerkannt, als der Richter befugt und verpflichtet war, nachzuprüfen, ob ein Befehl des Monarchen überhaupt vorlag[1]), so tauchte das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes wieder mit Einführung konstitutioneller Verfassungssysteme auf[2]). Der tiefere Grund für die in dieser Zeit so lebhaft einsetzende Erörterung dieser Frage ist in der damals erfolgten Wandlung der Begriffe „Recht" und „Gesetz" zu erblicken.

Im konstitutionellen Staat ist alles Recht Beziehung zwischen Persönlichkeiten[3]). Der Staat selbst ist juristische Person[4]) und wird in Beziehung zu anderen Staaten und zu ihm untergeordneten Persönlichkeiten gesetzt. Der von diesen Beziehungen losgelöste Staat kann rechtlich ebenso-

[9]) Tigges, a.a.O., S. 97.
[1]) Schack, a.a.O., S. 50, Anmerkung 2.
[2]) Schack, a.a.O., S. 55 f..
[3]) G. Jellinek, System d. subj. ö. Rechte, 2. Aufl. Tübingen, 1905/193.
[4]) Höhn, die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, Hamburg 1934, S. 13.

wenig gewertet werden wie die von Beziehungen zu anderen Personen losgelöste physische Person. Das Recht ist nichts anderes als ein Beziehungssystem zwischen Persönlichkeiten. Dieser Rechtsbegriff wurde noch weiter eingeengt durch die Gleichsetzung von Recht und Gesetz[5]). Unter Gesetz verstand man aber Normen, die in Freiheit u. Eigentum der Staatsbürger eingreifen[6]).

Die Aufgabe des Rechts und damit auch des Gesetzes wurde nun insbesondere darin gesehen, das von Seiten des Staates bedrohte Privatleben des Bürgers zu sichern. Das Bürgertum war dem Staat gegenüber mit Mißtrauen erfüllt und „wollte den Staat von sich aus nicht neubilden und zugleich in ihn hineinwachsen, sondern sich von ihm und aus ihm freimachen"[7]). Die Folge dieser Einstellung war, daß Gesellschaft und Staat sich feindlich gegenüberstanden. Der Gedanke der Schaffung und Sicherung einer möglichst umfangreichen staatsfreien Sphäre beherrschte das staatsrechtliche Denken der Zeit. Rechtssicherheit und Vorausberechenbarkeit künftiger Situationen wurden gefordert. Die Sicherung des Individuums, das im Mittelpunkt des staatlichen Lebens stand, sah man durch die Verwirklichung der Lehre von der Gewaltenteilung und der Forderung des liberalen Rechtsstaates gewährleistet. Ausgangspunkt der Lehre von der Gewaltenteilung und des Rechtsstaates ist somit die Freiheit des Einzelnen. Der Bürger darf tun, was die Gesetze ihm nicht verbieten. Der Gesetzgeber ist aber nach der Auffassung des Bürgertums geneigt, alles zu verbieten. Ein Mißbrauch der Macht des Staates ist nur dann ausgeschlossen, wenn die drei Gewalten „Legislative", „Exekutive", „Rechtsprechung" getrennt voneinander ausgeübt werden. Die Unterscheidung der Gewalten ist schon bei Aristoteles zu finden; er beschränkte sich aber auf eine Darstellung der staatlichen Organisation. Montesquieu war es, der die Lehre von der Unterscheidung der Gewalten mit

[5]) vgl. Anschütz, Art. „Gesetz" im Wörterbuch d. Staats- u. Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1914; Hippel, Die Krise des Rechtsgedankens, 1932, S. 99; Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staat, D.J.Z. 1936/22.

[6]) Hildebrandt, Deutsches Recht 1934/353.

[7]) Carl Schmitt, Begriff des Politischen, München 1932, S. 19.

politischem Gehalt erfüllte[8]). Nach ihm soll eine Gewalt die andere in Schranken halten und hemmen. Er will dies erreichen durch absolute Trennung und Gleichstellung der Gewalten. Es handelt sich jedoch nicht um eine Teilung der Staatsgewalt, — denn auch nach Montesquieu gibt es nur eine einheitliche und unteilbare Staatsgewalt —, sondern nur um eine Funktionenteilung. Unter dem Einfluß von Rousseau hielt man an der absoluten Gleichstellung der Gewalten nicht fest und räumte der Gesetzgebung eine bevorzugte Stellung gegenüber der Verwaltung und Rechtsprechung ein[9]). In dieser abgewandelten Form wurde die Lehre von der Gewaltenteilung in den Verfassungen wirksam und bildete das rechtsstaatliche Ideal des Bürgertums[10]). Aufgabe des Rechtsstaates war es, dem Individuum eine Sphäre freier Betätigung zu sichern; demgemäß sollte die Rechtsprechung gesetzmäßig und voraussehbar sein[11]). Voraussehbar war die Rechtsprechung aber nur bei einem allgemeinen für alle Bürger gleichen Gesetz[12]). Der Herrscher konnte dann nicht mehr für einzelne Fälle Recht setzen, sondern nur noch das Recht ausführen. Bei der Umsetzung dieser Gedanken in die Wirklichkeit stieß man auf erhebliche Widerstände, so daß man sich mit einem Teil des Geforderten begnügen mußte. So mußte man schon aus rein praktischen Erwägungen und Gesichtspunkten von der ausnahmslosen Durchführung der Lehre von der Gewaltenteilung und -hemmung absehen. Die Regierung, überhaupt die vollziehende Gewalt, mußte die Möglichkeit besitzen, die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze durch allgemeinverbindliche Rechtssätze der konkreten Lage anzupassen, diese Gesetze zu ergänzen und auszufüllen. Hätte man der Regierung diese Befugnis abgesprochen, so wäre ihr von vornherein ein erfolgreiches Arbeiten unmöglich gemacht worden. Die Not-

---

[8]) Montesquieu, De L'Esprit des Lois, 1748, Bd. 2, Buch XI.

[9]) Rousseau, contrat social, 1762.

[10]) Carl Schmitt, Begriff des Politischen, S. 49.

[11]) Stoll, Rechtsstaatsidee u. Privatrechtslehre, in Jherings Jahrbuch, N. F. Bd. 40, S. 138.

[12]) vgl. Lorenz v. Stein, Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1869, S. 9 f., 42 f., 73 f., 83; Sarwey, Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880, S. 4—7; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 1875.

wendigkeit, der Regierung und der Verwaltung die Befugnis einzuräumen, Rechtssätze allgemeinverbindlichen Inhalts aufzustellen, führte in Verbindung mit der Lehre von der Gewaltenteilung und mit dem Rechtssatzbegriff (als der Freiheits- und Eigentumsformel) zu der Gegenüberstellung von Gesetz im formellen und materiellen Sinn, von Gesetz und V.O., von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung[13]). Die wesentlichste Forderung, die Schaffung einer Volksvertretung, war immerhin durchgesetzt worden. Der Monarch durfte nun kein Gesetz mehr erlassen, das die Volksvertretung nicht genehmigt hatte. Es wurde sogar die Ansicht vertreten, ein Gesetz komme nur durch den übereinstimmenden Willen des Landesherrn und des Landtages zustande[14]). Aufgabe der Volksvertretung war es, darüber zu wachen, daß die dem Landesherrn durch die Verfassung gesetzten Schranken eingehalten wurden. Denn Eingriffe in Freiheit und Eigentum sollten nur auf Grund und im Rahmen von Gesetzen vorgenommen werden, die mit Zustimmung der Volksvertretung ergangen waren.

Der Schutz des Individuums erschien jedoch damit allein noch nicht gewährleistet. Immer noch bestand die Gefahr der Eingriffe in Freiheit und Eigentum auf Grund nur scheinbar gültiger Gesetze, die in Wirklichkeit nach Inhalt und Form mit der Verfassung und den Gesetzen in Widerspruch standen. In der richterlichen Prüfung von Gesetz und Verordnung sah man die Kontrolle, die geeignet war, rechtswidrige Eingriffe zu verhindern; sie bedeutete insbesondere eine Kontrolle über die Innehaltung der durch die Verfassungen den Landesherren gezogenen Schranken[15]).

Einen ungeheueren Auftrieb erhielt die Behandlung des Problems durch das Verhalten der kurhessischen Richter, die im Jahre 1850 eine Steuernotverordnung der Regierung Hassenpflug für ungültig erklärten und sich standhaft

---

[13]) Horst Mundt, Die Verwaltungsverordnung, Diss. Göttingen, 36 S. 21.

[14]) vgl. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Bd. II S. 476; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. 1876 S. 132.

[15]) vgl. Schack, a.a.O., S. 56.

weigerten, sie anzuwenden[16]). Auf dem 3. und 4. Juristentag der Jahre 1862 und 1863 wurde sodann das richterliche Prüfungsrecht anerkannt. Dem Richter wurde mit großer Mehrheit die Befugnis zugestanden, die materielle Gesetzmäßigkeit der Verordnungen und das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze zu prüfen[17]). Dieses richterliche Prüfungsrecht wurde bis über die Mitte des 19. Jahrhunderts vom Schrifttum überwiegend bejaht[18]). Eine gewisse Einschränkung der richterlichen Prüfungszuständigkeit ergab sich jedoch für mehrere Staaten aus einer ausdrücklichen Regelung der Frage. So war die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber landesherrlichen Verordnungen ausgeschlossen in Preußen (Art. 106 II der Verfassung vom Jahre 1850), Oldenburg, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck und Reuß jüngere Linie[19]).

Die Festigkeit des Bismarckreiches führte einen Umschwung in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes herbei. Zwar gab es immer noch Anhänger des richterlichen Prüfungsrechtes. Die Mehrheit der Staatsrechtslehrer und das überwiegende Schrifttum, sowie die Rechtsprechung hielten demgegenüber eine Kontrolle der Reichsgesetzgebung durch die Gerichte für unzulässig[20]): Im Anschluß an die Ausfertigungslehre Labands[21]) bejahten die Gerichte und die Wissenschaft ein richterliches Prüfungsrecht nur insoweit, als der Richter zuständig sei, 1.) die Verkündung eines Gesetzes in dem verfassungsmäßig vorgeschriebenen Gesetzblatt, 2.) die Verkündung durch das zuständige Organ und 3.) die Unterzeichnung der Verkündung nachzuprüfen. Die Gerichte haben sich zwar nur selten mit der Frage befaßt; die wenigen Entscheidungen, die vorliegen, lassen jedoch die ablehnende Stellungnahme deutlich genug erkennen.

[16]) vgl. Heinrich von Sybel, Die Begründung des Deutschen Reiches, München u. Leipzig, 1892, 1. Bd. S. 419 f.; Tigges a.a.O., S. 97.

[17]) Eingehende Darstellung von Bischof in der Zeitschrift für Zivilrecht u. Prozeß, Gießen 1859, Bd. 16, S. 245 f., 585 f.

[18]) Tigges, a.a.O., S. 100.

[19]) Schack, a.a.O., S. 241, Anmerkung 3.

[20]) vgl. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes III. Teil, 7. Aufl., München u. Leipzig 1919, S. 736 f..

[21]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1911, Bd. 2, 5. Aufl. S. 57.

In dem Urteil des I. Z.S. des RG. vom 17. 2. 1883[22]) wird die Frage erörtert, ob der Richter einem Akte der gewöhnlichen Gesetzgebung die Rechtsverbindlichkeit abzusprechen habe, wenn derselbe mit einem Grundsatz der Verfassung in Widerspruch stehe. Diese Frage wird dahin beantwortet: „Es handelt sich hierbei nicht darum, ob ein Grundsatz der Verfassung abgeändert sei, sondern nur darum, ob das Gesetz ohne Abänderung der Verfassung (und ohne Anwendung der dieserhalb vorgeschriebenen Form) hätte erlassen werden dürfen. Diese Frage ist aber der Nachprüfung durch den Richter entzogen." In der Entscheidung des III. Z.S. Urteil vom 6. Oktober 1911[23]) wird ebenfalls unzweideutig ausgesprochen, daß der Richter an dem ordnungsmäßigen Zustandekommen eines vom Bundesrat und vom Reichstage beschlossenen und ordnungsmäßig verkündeten Gesetzes nicht zu zweifeln habe. Dabei wird ausdrücklich auf Laband[24]) verwiesen. Der III. Z.S. des RG. hatte schon in seinem Urteil vom 26. 3. 1901[25]) im Hinblick auf § 77 des Reichsgesetzes betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen vom 27. Juni 1871 ausgesprochen, daß kein Anlaß bestehe, an dem verfassungsmäßigen Zustandekommen dieses Gesetzes zu zweifeln, da es vom Bundesrat und dem Reichstag beschlossen und ordnungsmäßig verkündet sei. Auch das Urteil des RG. vom 11. 1. 1916[26]) führt aus: „Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz vom 14. 2. 1911 gegen Art. 4 Nr. 2 der Reichsverfassung verstößt; denn selbst, wenn das der Fall sein sollte, würde doch die Verbindlichkeit beider Gesetze anerkannt werden müssen. Verfassungsrechtliche Bestimmungen haben, wie sich aus Art. 78 der Reichsverfassung ergibt, keine stärkere Kraft als die Bestimmungen irgendeines anderen Reichsgesetzes. Sie werden deshalb durch jedes spätere, eine abweichende Vorschrift enthaltende Reichsgesetz ohne weiteres außer Kraft gesetzt." Aehnliche Ausführungen

---

[22]) RGZ. 9/235 f..
[23]) RGZ. 77/229 f., bes. S. 231.
[24]) Laband, St.R. d. Deutschen Reiches, 4. Aufl., Bd. 2, S. 43, Note 4.
[25]) RGZ. 48/88.
[26]) RG. in JW. 1916/597.

enthält auch die Entscheidung des Preußischen OVG. Bd. 63 S. 169 f..

Der eigentliche Grund für den Wandel der Auffassungen im Kaiserreich ist darin zu erblicken, daß die sorgfältige Ausarbeitung wichtiger Gesetzesentwürfe in einer politisch ruhigen Zeit das Prüfungsrecht als entbehrlich erscheinen ließ[27]). Die Wissenschaft betonte, daß die Achtung vor den Staatsakten, die der Kaiser vorgenommen habe, ein weitergehendes Prüfungsrecht verbiete. Die Ausfertigung begründe eine unwiderlegliche Vermutung dafür, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustandegekommen sei[28]). Die Praxis der Gerichte und die damals herrschende Lehre stimmten demnach darin überein, daß die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze dem Gesetzgebungsprozesse zu überlassen sei.

Wurde einerseits die richterliche Prüfung der Gesetze von der Rechtsprechung und der Mehrheit der Staatsrechtslehrer im Kaiserreich abgelehnt, so wurde andererseits dem Richter mit dem Hinweis, die Verfassung und die Gesetze seien im Verhältnis zu den Verordnungen Normen höheren Ranges, die Befugnis zuerkannt, *die VO.en* auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu prüfen[29]). Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber VO.en wurde vielfach auch aus der Lehre von der Gewaltenteilung abgeleitet[30]). Einige Staatsrechtslehrer vertraten endlich den Standpunkt, daß die Ausfertigung wenn auch nicht das materielle, so doch das formelle Prüfungsrecht gegenüber VO.en ausschließe[31]).

Das RG. hat seit seiner Entscheidung vom 28. 3. 1889[32]) dem Richter ein materielles Prüfungsrecht gegenüber VO.en zugebilligt. Es heißt in dem genannten Urteil: „Es wird in bezug auf Rechtsverordnungen des Reichs ein richterliches Prüfungsrecht in Ansehung der Verfassungsmäßigkeit von

[27]) Tigges, a.a.O. S. 100.
[28]) Laband, St.R. d. D. Reiches, 4. Aufl., Bd. 2, S. 45.
[29]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 13. Aufl. 1930, S. 418; Schelcher in Fischers Zeitschrift Bd. 59/79.
[30]) Schack, a.a.O., S. 107 f..
[31]) Laband, Das St.R. d. D. R., Tübingen, 5. Aufl., Bd. 2, S. 106; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Aufl. 1, Leipzig 1895, S. 282, Anmerkung 17.
[32]) RGZ. 45/270.

Rechtsverordnungen nahezu einstimmig anerkannt ....“ Das Gericht fährt sodann fort: „Zu prüfen bleibt dann bei Reichsverordnungen die materielle Grundlage derselben, — nämlich die gesetzliche Ermächtigung, auf Grund deren die Verordnung erlassen ist —, auf die Frage hin, ob die VO. sich innerhalb der von dem delegierenden Gesetze gezogenen Grenze hält“. Der III. Z.S., Urteil vom 26. 1. 1900, ist der Ansicht, „daß dem Richter, wenn er eine Rechtsnorm anwenden oder seiner Entscheidung zu Grunde legen will, grundsätzlich die Befugnis zusteht, sie auf ihre Rechtsgültigkeit zu prüfen.“ Dem Richter wird somit das volle Prüfungsrecht gegenüber VO.en eingeräumt.

Allgemein wurde der Richter für zuständig gehalten, die landesrechtlichen Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht zu prüfen. Dies war unstreitig[33]).

Im Kaiserreich war somit — kurz zusammengefaßt — der Richter auf die Nachprüfung folgender Fragen beschränkt: 1.) ob ein Gesetz ordnungsgemäß verkündet war, 2.) ob eine VO. gesetz- und verfassungsmäßig erlassen war und 3.) ob die landesrechtlichen Rechtsnormen mit dem Reichsrecht vereinbar waren.

§ 6. Im Weimarer Staat.

Die Entwicklung im Weimarer Staate führte zu einem erneuten Umschwung in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes, und zwar insoweit die Vereinbarkeit der Gesetze mit der Verfassung, insbesondere mit den Grundrechten, in Frage stand. Die Weimarer Verfassung vom 11. Aug. 1919 enthält zwar ebensowenig wie die Verfassung des Bismarckreiches eine ausdrückliche Regelung. Die Materialien und die Entstehungsgeschichte der WRV. ergeben lediglich, daß eine Einigung in dieser Frage nicht erzielt werden konnte und die Austragung des Streites auch weiterhin der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen bleiben

[33]) Vgl. Anschütz, Die Verf. d. Deutschen Reiches, 14. Aufl. Berlin 1933 S. 371; Schack, a.a.O.S. 278 f.; RGZ. 48/205; RGSt. 34/130; 35/277.

sollte. Bei den Beratungen zur WRV. wurde im Verfassungsausschuß allerdings beantragt[1]), den ehemaligen Staatsgerichtshof für zuständig zu erklären, auf einen Antrag von 100 Reichstagsmitgliedern hin, Gesetze auf ihre Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen. In der anschließenden Abstimmung drang dieser Antrag jedoch nicht durch. Die Schöpfer der WRV. ließen somit die alte Streitfrage des richterlichen Prüfungsrechtes bewußt unentschieden[2]). Der Streit entbrannte infolgedessen mit erneuter Heftigkeit. Die Zahl derer, die der im Reiche Bismarcks herrschenden Ansicht nach wie vor treu blieben, schmolz mehr und mehr zusammen. Auf der anderen Seite nahm die Zahl der Anhänger des richterlichen Prüfungsrechtes unablässig zu, und es währte auch nicht allzulange, so schloß sich den Bejahern die Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichte an. Es konnte von nun an nicht mehr zweifelhaft sein, daß die h. L. im Weimarer Staat das richterliche Prüfungsrecht in vollem Umfang bejahte.

Wie läßt sich nun dieser Wandel in der Beantwortung des Problems im Weimarer Staat erklären? Bezeichnend ist es, daß die Anhänger und die Gegner des richterlichen Prüfungsrechtes sich derselben Argumente zur Begründung ihrer gegenteiligen Ansichten bedienten. Hervorzuheben ist ferner, daß bei beiden Parteien vielfach an Stelle der formaljuristischen Begründungsmethode Labands und seiner Zeitgenossen allgemeine, verfassungstheoretische und rechtspolitische Wertabwägungen traten. Ein Blick in das Schrifttum jener Zeit vermag diese Behauptung nur zu bestätigen. Es soll nun im Folgenden nicht der Versuch unternommen werden, eine erschöpfende Darstellung und Gegenüberstellung der Lehrmeinungen im Weimarer Staat zu geben. Das ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit. Es soll jedoch eine Gegenüberstellung von Ansicht und Gegenansicht insoweit erfol-

[1]) Antrag „Ablaß", gestellt unter Nr. 273; vgl. Berichte u. Protokolle des 8. Ausschusses der Nationalversammlung zur Beratung einer neuen Reichsverfassung, Aktenstück Nr. 391 Nr. 59, S. 486 f. der Drucksachen.

[2]) Stier-Somlo, Deutsches Reichs- u. Landesstaatsrecht, Bd. I, S. 675, (Berlin u. Leipzig 1924).

gen, als dies erforderlich erscheint, um die wahren Gründe für den Umschwung in der Beantwortung der Streitfrage aufzuzeigen.

Ausgegangen wird dabei zunächst von der Gruppe von Staatsrechtslehrern und Schriftstellern, die die Lösung des Problems den positiven Bestimmungen der Verfassung zu entnehmen suchten. So wollte H. Gerber[3]) durch einen Schluß aus Art 13 II WRV. die Bejahung des richterlichen Prüfungsrechtes folgern. Durch einen Umkehrschluß aus Art. 13 II WRV. gelangten Arndt und Wittmayer[4]) zum entgegengesetzten Ergebnis. Die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde könne darnach die Entscheidung eines obersten Gerichtshofes des Reiches anrufen, wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten entstehen, ob landesrechtliche Normen mit dem Reichsrecht vereinbar sind. Zur Entscheidung der Frage, ob ein Reichsgesetz mit der WRV. in Widerspruch steht, sei demgemäß kein Gericht befugt.

Eine andere Gruppe, der u. a. Poetzsch-Heffter, Stier-Somlo und Bühler[5]) angehörte, entnahm dem Satz, der Richter ist unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, das Recht und die Pflicht der Gerichte, vor Anwendung eines Gesetzes durch Nachprüfung festzustellen, ob das, was sich als Gesetz ausgibt, nicht nur ein Scheingesetz, sondern ein wirkliches Gesetz ist.

Anschütz, Wittmayer, Schack[6]) vertraten demgegenüber die Ansicht, der Satz des § 1 GVG. bedeute, daß es Aufgabe des Richters sei, das Gesetz anzuwenden, wenn er die ordnungsgemäße Ausfertigung und Verkündung festgestellt habe. Denn prüfe er mehr, so stelle er sich über das gültige Gesetz, dem er doch unterworfen sei.

[3]) Gerber, Gesetz u. Verfassung, Zeitschrift für Ostrecht III. Jahrgang, S. 1 f., 1929.

[4]) Arndt, Recht 1920, Sp. 108; Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1922 S. 461.

[5]) Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung v. 11. Aug. 1919, 3. Aufl., Berlin 1928; Stier-Somlo, Deutsches Reichs- u. Landesstaatsrecht, Berlin u. Leipzig 1924, Bd. 1, S. 711 u. 678; Bühler, DJZ. 1921 Sp. 580.

[6]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, III. Bearb., 13. Aufl., Berlin 1930 S. 415, Anmerkung 3 zu Art. 102; Schack, Annalen des Deutschen Reiches 1922/332; Wittmayer, Die Weimarer Verfassung, S. 461.

Görres und Theißen[7]) wollen aus Art. 178 II WRV. die Bejahung, Klee[8]) dagegen die Verneinung des richterlichen Prüfungsrechtes entnehmen.

Auf das Schweigen der Verfassungen berufen sich für die Bejahung des Prüfungsrechtes Hubrich, Stier-Somlo[9]) und für die Verneinung Arndt, Schack und Wittmayer[10]).

Mit Hilfe einer allseitigen Interessenabwägung gelangt Thoma[11]) zu dem Ergebnis, daß für ein richterliches Prüfungsrecht kein Raum sei. Es bestehe zwar die Notwendigkeit, die Bestimmungen der neuen Verfassungen zu schützen. Man könne aber den Standpunkt der Verneinung des richterlichen Prüfungsrechtes der „deutsche, ja europäische Tradition und durchaus causa favorabilis“[12]) sei, aufrecht erhalten. „Im neuen Verfassungsrecht seien hinreichend starke und zuverlässige Bürgschaften dafür geschaffen, daß die mit höherer Weihe bekleideten Sätze der Verfassungsurkunden weder auf Umwegen noch geradezu durch einfache Parlamentsmehrheiten über den Haufen geworfen werden“[13]). Er weist dabei insbesondere auf die Rechte des Reichsrats (Art. 74 WRV.), des Reichspräsidenten (Art. 70 und 73 II, 74 III), auf das Minderheitsrecht auf Aussetzung und die Möglichkeit des Volksentscheids hin. Radbruch[14]) schließt sich den Ausführungen von Thoma im wesentlichen an unter Betonung der Rechtsunsicherheit, die eintreten müsse, wenn man den Gerichten ein richterliches Prüfungsrecht zubillige.

Triepel und Morstein-Marx[15]) kamen auf dem gleichen Wege zu einer vollen Bejahung des richterlichen Prüfungsrechtes.

---

[7]) Görres, JW. 1924/1566; Theissen, Arch. d. ö. Rechts, NF. Bd. 8 S. 272.

[8]) Klee, Deutsche Richterzeitung (DRZ.) 1924 Sp. 149 f., 152.

[9]) Hubrich, Das demokr. Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, Greifswald 1921 S. 151; Stier-Somlo, Arch. ö. Recht, Bd. 42/187.

[10]) Arndt, Recht 1920 Sp. 109; Schack, Annalen d.D.R. 1919/1920 S. 296; Wittmayer, Die Weimarer Verfassung, Tübingen 1922 S. 461.

[11]) Thoma, Arch.d.ö.Rechts, Bd. 43/274;

[12]) Thoma, a.a.O., (Arch.d.ö.R.) S. 274.

[13]) Thoma, Arch.d.ö.Rechts, Bd. 43/275.

[14]) Radbruch, Die Justiz, Bd. 1, S. 12 f..

[15]) Triepel, Arch.d.ö.Recht, Bd. 39/536; Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927.

Anhänger und Gegner des richterlichen Prüfungsrechtes haben sich demnach dieselbe Begründungsmethode und dieselben Beweisgründe zu eigen gemacht. Daraus ersieht man, daß nicht die Ideen der Gewaltenteilung, des Rechtsstaats und der Unabhängigkeit des Richters es letzten Endes waren, die dazu geführt haben, daß im Weimarer Staat das richterliche Prüfungsrecht mehr und mehr bejaht wurde. Dieselben Beweisgründe konnten ja zur Begründung völlig entgegengesetzter Ansichten dienen, ohne daß man der einen oder anderen Partei einen Fehler in der Beweisführung überzeugend hätte nachweisen können. Maßgebend und entscheidend für den Umschwung war und kann nur gewesen sein der tatsächliche Zustand und die Entwicklung des Weimarer Staates, d. h. seine zunehmende Ohnmacht und Zerrissenheit. War schon die Art seiner Entstehung nicht geeignet, die Grundlage eines starken Staates zu bilden, so bedeutete seine Entwicklung nichts anderes als einen fortschreitenden Zerfall, der aus dem Kaiserreich bruchstückweise erhalten gebliebenen Staatsautorität. Der Staat war in seinen Grundfesten erschüttert. Rechtssicherheit und Rechtsvorausberechenbarkeit, zwei Forderungen um deren Erfüllung im konstitutionellen Staat heftig gekämpft worden war, entschwanden. Je mehr das Zusammenspiel der Verfassungseinrichtungen versagte, desto deutlicher trat dies in Erscheinung. Das Individuum war seines Schutzes beraubt. Es war der Willkür der Parteien und damit der Willkür des Parlamentes preisgegeben. Die Gefahr völliger Anarchie rückte unaufhaltsam näher und näher. Was war da natürlicher, als daß man nach einer Stelle Umschau hielt, die dem Parlament wirksam entgegenzutreten vermochte? Diese Stelle glaubte man in den Gerichten gefunden zu haben. Konnte die Forderung nach Rechtssicherheit und Rechtsvorausberechenbarkeit nicht in der Festigkeit des Staates Erfüllung finden, so mußte man das Ziel auf anderem Wege zu erreichen suchen. Die Gerichte wurden dazu ausersehen, darüber zu wachen, daß die Gesetzgebung und Verwaltung sich innerhalb der durch die Verfassung gesetzten Schranken hielten. Sie sollten den Gesetzgeber zur Achtung der geschriebenen Verfassung und ihrer Grundrechte

zwingen. Die Lehre von der Gewaltenteilung, die Forderung des Rechtsstaates und die richterliche Unabhängigkeit gaben hierzu die innere Rechtfertigung. Nach wie vor galt die Freiheit des Einzelnen als eines der höchsten Güter, das zu schützen war. Lediglich der unabhängige Richter vermochte den Schutz dieses Gutes zu übernehmen. Seine Stellung war in persönlicher und sachlicher Hinsicht gegen Uebergriffe der Gesetzgebung und Verwaltung weitgehend gesichert. Die Maßstäbe zur Feststellung der Ungesetzlichkeit von Handlungen der Gesetzgebung und Verwaltung standen ihm in den Grundrechten zur Verfügung. Denn die Grundrechte unterlagen einer Abänderung nur auf dem Wege der erschwerten Gesetzgebung des Art. 76 der WRV. Der Richter sollte nun im Einzelfall prüfen, ob den Erfordernissen des Art. 76 WRV. oder den Forderungen der Grundrechte entsprochen wurde.

Die Gerichte entzogen sich der ihnen gestellten Aufgabe nicht. Schon das Urteil des VI. Z.S. vom 28. IV. 1921[16]) kündigt die künftige Stellungnahme der Rechtsprechung an. Die Behauptung, das RG. habe in ständiger Rechtsprechung die Gerichte für befugt erklärt, die formelle wie die materielle Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung nachzuprüfen, soweit die Nachprüfung nicht ausdrücklich durch Gesetz ausgeschlossen sei, ist freilich irrig. Der Hinweis auf verschiedene ältere Entscheidungen (RGZ. 9/235; 24/3; 25/274; 45/270; 48/84 und 205; 77/231) ist unzutreffend. Denn wie schon ausgeführt wurde (S. 14), besagen die Entscheidungen RGZ. 9/236; 48/88; 77/229 das genaue Gegenteil; sie betonen alle, daß der Richter ein vom Bundesrat und vom Reichstag beschlossenes und ordnungsmäßig verkündetes Gesetz nicht nachzuprüfen habe. Die Entscheidungen 24/3; 45/270 betreffen das Prüfungsrecht gegenüber VO.en. In RGZ. 48/195 f. ist das Prüfungsrecht gegenüber den landesrechtlichen Rechtsnormen anerkannt. In RGZ. 25/274 wird die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes überhaupt nicht erörtert. Der Irrtum wurde verschiedentlich wiederholt, so insbeson-

[16]) RGZ. 102 S. 161 f. bes. 164.

dere in der Entscheidung des V. Z.S. vom 8. 12. 1923[17]); im Schrifttum wurde er besonders von Görres[18]) vertreten. W. Jellinek und Thoma waren es, die den Nachweis erbrachten, daß die Behauptung des RG. unrichtig war[19]).

Die eigentliche Wende in der Rechtsprechung vollzog sich mit der Entscheidung des V. Z.S., Urteil vom 4. November 1925[20]). Im Hinblick auf das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 wird die Frage gestellt, „ob und inwieweit sind die Gerichte überhaupt berechtigt und verpflichtet, die Rechtsgültigkeit eines an sich ordnungsmäßig verkündeten Reichsgesetzes nachzuprüfen". Die Frage findet ihre Beantwortung mit der vollen Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechtes: „Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschrift enthält, nach der die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden"[21]).

In rascher Folge erklärten nun die höchsten deutschen Gerichte den Richter für zuständig, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Es seien genannt der Reichsfinanzhof Bd. 5/333 f.; 7/98 f.; das Reichsversorgungsgericht Bd. 4/168 = DJZ. 1925 Sp. 332 f. = JW. 1925/90; das Reichsbahngericht, JW. 1926 S. 2005 f.; das Bayerische Oberste Landesgericht, DJZ. 1926 Sp. 903; das Obergericht Danzig in JW. 1924/1379, vgl. auch DJZ. 1926/294 f.. Der 2. Senat des Preußischen OVG. gelangte zum sel-

[17]) RGZ. 107/379.
[18]) Görres in JW. 1924/1566.
[19]) W. Jellinek in JW. 1925/454: „Das Märchen von der Ueberprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das RG.; Thoma in DJZ. 1925 Sp. 573: „Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes. Zu den Ausführungen W. Jellineks ist lediglich zu bemerken, daß die Entscheidung in RGZ. 48/84 f. zwar eine Bundesratsverordnung zum Gegenstand hat; trotzdem wird in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebracht (S. 88), daß dem Richter ein Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen nicht zusteht. Auch diese Entscheidung steht somit der Behauptung des 6. Z.S. (in dem Urt. v. 28. IV. 1921) entgegen.
[20]) RGZ. 111/320 f..;
[21]) RGZ. 111/323.

ben Ergebnis mit den Worten: „Dem richterlichen Prüfungsrecht und damit der Prüfungspflicht sind keine Schranken gesetzt“[22]).

Nach dem Ausgeführten erscheint es als eine Selbstverständlichkeit, daß der Richter im Weimarer Staat für zuständig erachtet wurde, *Reichsverordnungen* und überhaupt *alle Rechtsverordnungen* auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Hatte schon die herrschende Lehre im Kaiserreich ein derartiges Prüfungsrecht zugebilligt, so herrschte im Weimarer Staat in dieser Frage nahezu Einstimmigkeit. Denn ohne Prüfungsrecht des Richters seien die höheren Normen, Verfassungen und Gesetze, der Exekutive preisgegeben. Ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber VO.en wurde vom Schrifttum und von der Rechtsprechung seit Einführung geschriebener Verfassungen stets überwiegend bejaht.

Eine gewisse Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechtes wurde lediglich bei den Ausnahmeverordnungen des Reichs und den Notverordnungen der Länder gemacht. Der Richter sei nicht zuständig, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der auf Grund des Art. 48 II und IV WRV. erlassenen VO.en nachzuprüfen. Der 1. St.S. des RG. betont in seiner Entscheidung vom 7. IV. 1925[23]), „der Richter müsse sich darauf beschränken, festzustellen, ob der Träger der Diktaturgewalt der in Betracht kommenden VO. wenigstens die im Art. 48 WRV. bezeichnete Zweckbestimmung gegeben hat und hierfür genüge es in der Regel, daß dieser bei deren Erlassung unter seiner politischen Verantwortung selbst bezeuge, er handle zum Zwecke der Sicherheit und Ordnung, und daß, soweit das Einschreiten einer Landesregierung in Frage steht, erkennbar von ihr dafür auch Gefahr in Verzug als vorhanden erachtet wird“ (S. 188). Mit Ausnahme dieser Einschränkung wurde auch den Ausnahme- und Notverordnungen gegenüber ein volles richterliches Prüfungsrecht bejaht. Der 1. St.S. deutet dies in der genannten Entscheidung mit den Worten an: „Ob die

[22]) Preuß. OVG. in Preußischem Verwaltungsblatt 1925/559. Selbstredend bejahte auch der Staatsgerichtshof d. Prüfungsrecht des Richters. Vgl. RVerw. Bl. 1932/152 f..

[23]) RGSt. 59/185 f..

gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser reichsverfassungsmäßigen Diktaturgewalt vorlagen, hat der Richter, der über die Rechtmäßigkeit einer Bestrafung auf Grund einer darauf beruhenden Rechtsverordnung zu entscheiden hat, grundsätzlich zwar ebenso wie die ordnungsmäßige Verkündung der Verordnung nachzuprüfen . . . ." (S. 187)[24]).

Unstreitig war, daß der Richter *landesgesetzliche Normen* jeder Art auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen hatte. Besonders deutlich kommt dies in der Entscheidung des 1. St.S. des RG. vom 15. 12. 1921[25]) zum Ausdruck: „Der Richter ist berechtigt und verpflichtet, die landesrechtlichen Normen jeder Art — einschließlich solcher der Landesverfassungen und verfassungsändernder Gesetze — daraufhin zu prüfen, ob sie nicht in der Form oder sachlich gegen ein Reichsgesetz, gegen die Verfassung des Reichs oder gegen Reichsgewohnheitsrecht verstoßen, und er muß ihnen, wenn dies zutrifft, die Anwendung versagen".

Umstritten war dagegen die Frage, ob der Richter die *Uebereinstimmung der Landesgesetze mit der Landesverfassung* zu prüfen hatte. Nur dort, wo ausdrückliche Bestimmungen bestanden, war für einen Meinungsstreit kein Raum. So enthielt die bayerische Verfassungsurkunde vom 12. VIII. 1919 in § 72 die Bestimmung, daß die mit der Rechtspflege betrauten Behörden zu prüfen hätten, ob das anzuwendende Gesetz mit der bayerischen Verfassung in Widerstreit stehe. Die preußische Verfassung vom 30. XI. 1920 enthielt im Gegensatz zu der alten preußischen Verfassung vom 30. I. 1850 (Art. 106) keine ausdrückliche Regelung mehr[26]). Die Folge war, daß ein heftiger Streit über die Frage entbrannte, ob der Richter die Landesverfassungsmäßigkeit von Landesgesetzen prüfen dürfe. Den Ausgangspunkt der Streitfrage bildete Art. 61 der preußi-

[24]) Vgl. auch Bay.Ob.LG., Beschl. v. 23. III. 1920 in JW. 1920/563. In dieser Entsch. wird die Rechtsgültigkeit der Wuchergerichtsverordnung v. 27. 11. 1919 (RGBl. II S. 1909) bejaht. Vgl. auch E. Kern, „Der gesetzliche Richter", Berlin 1927/197 f..

[25]) RGSt. 56/177.

[26]) Schack, Arch.d.ö.Recht, Bd. 41/165 u. 169; Thoma, Arch. d.ö.Recht, Bd. 43/283, Anmerkung 11.

schen Verfassung vom 30. Nov. 1920. Die Einen folgern aus dieser Bestimmung, der Richter habe nur zu prüfen, ob das Gesetz vom Landtag oder mittels Volksentscheid beschlossen und ob eine Verkündung erfolgt sei[27]). Nach dieser Ansicht steht dem Richter nicht die Befugnis zu, Landesgesetze auf ihre materielle Vereinbarkeit mit der Landesverfassung und ihr ordnungsmäßiges Zustandekommen zu überprüfen. Andere wie beispielsweise Stier-Somlo[28]) behaupten demgegenüber, „der Richter dürfe prüfen ob das Gesetz nicht gegen die Reichsverfassung, gegen die Reichsgesetze oder gegen die preußische Verfassung verstoße".

Das Ergebnis der Untersuchung läßt sich nun dahin zusammenfassen, daß der Richter im Weimarer Staat für zuständig erklärt wurde, Gesetze und VO.en, überhaupt alle Rechtsnormen, auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Einschränkungen wurden insbesondere den Ausnahmeverordnungen gegenüber gemacht; auch durfte der Richter einem Gesetz nicht die Anwendung versagen, weil es mit ethischen und sittlichen Geboten, also mit überpositiven Normen, nicht vereinbar sei[29]).

C. Die Rechtsprechung im nationalsozialistischen Staate zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes.

I. Die Rechtsprechung zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Staates.

§ 7. Das materielle Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Staates.

Die Rechtsprechung im Weimarer Staat war seit der Entscheidung des V. Z.S. des RG. vom 4. Nov. 1925 mehr

[27]) Huber, Die Verfassung des Freistaats Preußen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1921 S. 127; Vogels, Die Preußische Verfassung, Berlin 1921 S. 136; Bornhak, Die Verfassung des Freistaats Preussen, Berlin 1921 S. 52; Arndt, Die Verfassung des Freistaats Preußen, Berlin-Leipzig, 1921 S. 106 f..

[28]) Stier-Somlo, Das preußische Verfassungsrecht, Bonn 1922 S. 135 f..

[29]) Vgl. aber auch Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht in JW. 1924/90.

und mehr zu der Bejahung des materiellen Prüfungsrechtes gegenüber Reichsgesetzen gelangt. Der Richter wurde für zuständig erklärt, Gesetze nachzuprüfen, ob sie mit der Weimarer Verfassung in Einklang stünden. Dabei blieb aber die Rechtsprechung stehen. Das RG. hat es wiederholt abgelehnt, einem Gesetz die Anwendung zu versagen, weil es wider die guten Sitten verstoße oder etwas Unmögliches anordne[1]). In der bekannten Entscheidung vom 11. Oktober 1929[2]) nahm der III. Z.S. des RG. allerdings das Recht für sich in Anspruch, einem Gesetze den Gehorsam zu verweigern, wenn es etwas rechtlich Unmögliches anordne. Im übrigen hielt jedoch die Rechtsprechung daran fest, daß der Richter nicht zuständig sei, verfassungsmäßige Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit überpositiven, über dem Gesetz stehenden Normen zu prüfen[3]).

Schon kurze Zeit nach der nationalsozialistischen (n.s.) Revolution hatte sich der III. Z.S. des RG. in seiner Entscheidung vom 27. Oktober 1933[4]) mit der Frage zu befassen, ob der Richter im neuen Staat zuständig ist, einem von der n.s. Regierung erlassenen Gesetze wegen seines Inhalts die Gültigkeit abzusprechen.

Der Kläger, der einige Zeit die Geschäfte der Steuerabteilung eines Kreisausschusses bearbeitet hatte, war am 31. 12. 1930 entlassen worden. Er verlangte nun die Fortzahlung seiner Vergütung. Zur Begründung des von ihm geltend gemachten Anspruches berief er sich auf die ständige Rechtsprechung des RG., nach der die Beamteneigenschaft durch die Uebertragung hoheitlicher Aufgaben erworben werden konnte. Durch die Uebertragung der Ge-

[1]) vgl. RGZ. 107/317 = JW. 1924/458; RGZ. 134/21 = JW. 1932/494.

[2]) RGZ. 125/420 f..

[3]) In einer Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht wurde im Gegensatz hierzu ein derart weitgehendes Prüfungsrecht gefordert (vgl. JW. 1924/90). Im Schrifttum fand diese Kundgebung teils lebhafte Zustimmung, teils entschiedene Ablehnung. Sie wurde beispielsweise abgelehnt von Stoll, Jherings Jahrbuch, NF., Bd. 40 S. 203; Rümelin in Archiv für zivilistische Praxis, NF. Bd. 2/1924 S. 226.

[4]) RGZ. 142/56 = JW. 1934/33 auf 34.

schäfte der Steuerabteilung sei er lebenslänglicher Beamter des Kreisausschusses geworden. Die Vorschrift des Beamtenänderungsgesetzes vom 30. Juni 1933, die einen solchen Erwerb mit rückwirkender Kraft ausschließe (§ 5 Abs. II letzter Satz in Verbindung mit § 6) sei ungültig, weil sie etwas rechtlich Unmögliches und Undurchführbares angeordnet habe.

Das RG. stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt: „Der Richter ist grundsätzlich nicht befugt, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetz seines Inhalts wegen die Anwendbarkeit abzusprechen". Das RG. begründet seine Ansicht mit dem Hinweis, daß derselbe Zivilsenat schon in seinem Urteil vom 29. September 1931 an dem in seinem Beschluß vom 25. I. 1924[5]) zum Ausdruck gebrachten Standpunkt festgehalten habe.

Was besagt nun diese Entscheidung für das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes? Dieser Entscheidung kann zunächst mit Sicherheit entnommen werden, daß das RG. es nach wie vor ablehnt, ordnungsmäßig erlassene Gesetze auf ihre Uebereinstimmung mit den guten Sitten oder überpositiven, über dem Gesetz stehenden Normen zu prüfen. Dies wird deutlich, wenn man sich die Entscheidung vom 25. I. 1924 (RGZ. 107/317) vergegenwärtigt. Ihr lag die Frage zu Grunde, ob die sog. „Abgabenerweiterungsverordnung" vom 24. Oktober 1923 rechtsgültig sei. Die Rechtsgültigkeit dieser VO. war angezweifelt worden; sie sei mit den guten Sitten nicht vereinbar. Der III. Z.S. weist dieses Vorbringen mit Entschiedenheit zurück, wobei er zum ersten Mal den in der Entscheidung vom 27. Oktober 1933 gebrauchten Satz aufstellt: „Der Richter ist grundsätzlich nicht befugt, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetz seines Inhalts wegen die Anwendbarkeit abzusprechen". In der Entscheidung vom 29. September 1931 wird auf RGZ. 107/317 Bezug genommen. Auch dort wird die Frage erörtert, ob der Richter die Vereinbarkeit von positivem Recht mit überpositiven Normen nachprüfen darf.

[5]) vgl. RGZ. 134/21 = JW. 1932/494 u. RGZ. 107/317 = JW. 1924/458.

Köttgen[6]) scheint der Entscheidung darüber hinaus, eine weitgehende Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Regierungsgesetzen entnehmen zu wollen. In seiner Anmerkung zu dem Urteil vom 27. Oktober 1933 führt er nämlich aus: „Es erscheint nicht unbedenklich, daß das RG. in dem oben abgedruckten Urteil offenbar den von ihm in vielen Urteilen immer wieder neubegründeten Gedanken des richterlichen Prüfungsrechts ohne viel Aufhebens weitgehend fallen läßt und sich mit dieser Begründung bereit erklärt, reichsgesetzliche Bestimmungen zur Anwendung zu bringen, die am Maßstabe der in früheren Urteilen geäußerten Rechtsanschauungen des RG. gemessen, schwerlich als gültiges Recht angesprochen werden können". Tigges[7]) jedenfalls behauptet, das RG. habe mit dieser Entscheidung seinen Vorkriegsstandpunkt wieder eingenommen.

Ob man — wie Köttgen und Tigges annehmen — in der Entscheidung des RG. vom 27. Oktober 1933 einen Wandel der Rechtsprechung in der Beantwortung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes erblicken kann, erscheint doch zum mindesten recht zweifelhaft. Das RG. vermeidet es offensichtlich, die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes eindeutig zu beantworten. Das RG. war auch gar nicht gezwungen, zu dem Problem eingehender Stellung zu nehmen. Es hatte ja lediglich darüber zu befinden, ob der Richter zuständig ist, ein Gesetz auf seine Uebereinstimmung mit den guten Sitten oder überpositiven, über dem Gesetz stehenden Normen zu prüfen. Das RG. hat entsprechend seiner Rechtssprechung im Weimarer Staat eine derartige Prüfungszuständigkeit des Richters mit Entschiedenheit verneint. Der einzigen Entscheidung, die sich mit der Frage der Rechtsgültigkeit eines vom Gesetzgeber des n.s. Staates erlassenen Gesetzes zu befassen hatte, läßt sich demnach nicht entnehmen, daß das RG. seine im Weimarer Staat vertretene Stellungnahme in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes geändert hat. Wenn das RG. eine

[6]) Köttgen, JW. 1934/33, Anmerkung zu dem Urt. v. 27. Okt. 1933.

[7]) Tigges, a.a.O., S. 166.

klare Stellungnahme vermieden hat, so kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden. Das RG. wollte eben dem Gesetzgeber und der Rechtsentwicklung nicht vorgreifen. Hat aber das RG. in seiner Entscheidung eine klare Stellungnahme vermieden, so darf nachträglich eine solche in die Entscheidung nicht hineingelesen werden. Man muß sich dann schon mit der Feststellung begnügen, daß das RG. die Beantwortung der Frage der Zukunft überließ.

Die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den Gesetzen, ja überhaupt gegenüber sämtlichen Rechtsnormen des n.s. Reichsgesetzgebers, ist trotzdem vom RG. eindeutig entschieden worden. Das RG. hatte sich zwar offenbar in keiner späteren Entscheidung mehr mit der Frage der Rechtsgültigkeit n.s. Gesetze zu befassen; es hat deshalb seine Stellungnahme auch nirgends ausdrücklich festgelegt. Seine Stellungnahme kommt aber klar und deutlich zum Ausdruck in der Art und Weise der Behandlung der Frage, ob der Richter Rechtsnormen des Weimarer Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung prüfen und gegebenenfalls gegen das Gesetz entscheiden darf. Wie später noch eingehend dargelegt wird, hat das RG. ein derartiges Prüfungsrecht mit dem Hinweis auf § 1 GVG. entschieden abgelehnt[8]). Aus einem Argumentum a minori ad majus muß dann gefolgert werden, daß, wenn der Richter nicht einmal für zuständig erachtet wird, Gesetze des vergangenen Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung zu überprüfen, es völlig ausgeschlossen erscheint, daß dem Richter gegenüber Rechtsnormen des n.s. Reichsgesetzgebers ein materielles Prüfungsrecht zusteht[9]). Denn darf der Richter den Rechtsnormen des alten Staates nicht die Anwendung versagen, so ist er erst recht genötigt, den Rechtsnormen des n.s. Reichsgesetzgebers die gebührende Achtung entgegenzubringen. Es kann somit gesagt werden, daß das RG., sofern es einmal gezwungen werden sollte, zu dem Problem ausdrücklich Stellung zu nehmen, folgerich-

[8]) vgl. RGZ. 144/306 f..

[9]) Das Landesarbeitsgericht Berlin verneint die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers ausdrücklich. (vgl. Urt. v. 17. 11. 1934 in DJ. 1935 S. 73).

tig nur den Standpunkt vertreten könnte, daß dem Richter ein materielles Prüfungsrecht gegenüber den vom n.s. Reichsgesetzgeber erlassenen Rechtsnormen nicht zusteht. Man darf aber noch weitergehen und sagen, das RG. hat mit seiner Stellungnahme in der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den Rechtsnormen des Weimarer Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung gleichzeitig stillschweigend zum Ausdruck gebracht, daß es dem Richter ein materielles Prüfungsrecht gegenüber den vom n.s. Reichsgesetzgeber erlassenen Rechtsnormen nicht zubilligt. Der Vorwurf, es sei in Entscheidungen des RG., die sich mit ganz anderen Problemen befassen, die gewünschte Lösung des Problems hineingelesen worden, kann hier nicht erhoben werden. Denn die Verneinung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber Rechtsnormen des alten Staates zwingt notwendigerweise auch zur Ablehnung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den vom n.s. Reichsgesetzgeber erlassenen Rechtsregeln.

§ 8. Das formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers.

Es steht hier die Frage zur Erörterung, ob und inwieweit ist der Richter zuständig, die Einhaltung der Formvorschriften des Gesetzgebungsverfahrens nachzuprüfen[1]). Im Weimarer Staat war dem Richter das volle Prüfungsrecht zugebilligt worden. Der Richter war nicht nur zuständig, das Gesetz auf seinen Inhalt zu prüfen, sondern er hatte auch darüber zu wachen, daß die Gesetze in dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Verfahren zustandekamen.

Die Rechtsprechung des neuen Staates hatte offenbar bis jetzt noch wenig Gelegenheit, zu dem Problem des formellen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers eingehender Stellung zu nehmen. In dem Urteil vom 27. Oktober 1933[2]) hat der III. Z.S. des RG. den Satz aufgestellt: „Der Richter ist grundsätzlich nicht befugt, einem ordnungsgemäß erlassenen Gesetz seines Inhalts

[1]) Otto Reitis, Die richterliche Nachprüfung von Staatsakten im n. s. Staat, Diss. Göttingen 1936, S. 12 f. u. 39.
[2]) RGZ. 142/56 = JW. 1934/33 auf 34.

wegen die Anwendbarkeit abzusprechen." Es liegt nun nahe, aus dieser Entscheidung den Schluß zu ziehen, daß der III. Z.S. des RG. der Ansicht ist, der Richter dürfe das ordnungsgemäße Zustandekommen der Gesetze nach wie vor nachprüfen. Ein derartiger Schluß wäre aber keineswegs gerechtfertigt. Die Haltung des RG. in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den vornationalsozialistischen Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung schränkt das formelle Prüfungsrecht des Richters zwangsläufig auf ein Mindestmaß ein. Wie noch später ausgeführt wird, vertritt das RG. den Standpunkt, der Richter sei an das Gesetz gebunden und dürfe deshalb grundsätzlich nicht gegen die Rechtsnormen des alten Staates entscheiden. Hat aber der Richter die Rechtsnormen des alten Staates zu achten, so gilt dies um vieles mehr für die vom heutigen Reichsgesetzgeber geschaffenen Rechtsregeln. Dementsprechend erscheint es ausgeschlossen, daß der Richter die Rechtsregeln des neuen Staates daraufhin untersuchen darf, ob sie unter Einhaltung der Formvorschriften des Gesetzgebungsverfahrens zustandekamen. Der Entscheidung des III. Z.S. des RG. vom 27. Oktober 1933 kann lediglich entnommen werden, daß der III. Z.S. des RG. den Richter für zuständig hält, die Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers, seien es nun Regierungsgesetze, Führerverordnungen, Führererlasse oder Reichstagsgesetze und sog. Volksgesetze, höchstens daraufhin zu prüfen, ob sie ordnungsgemäß verkündet sind.

Nach mehreren Entscheidungen sächsischer Landgerichte darf der Richter nicht einmal die ordnungsmäßige Verkündung der Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers, ja nicht einmal die ordnungsgemäße Verkündung der VO.en der Reichsminister nachprüfen. So behandelt das LG. Dresden in dem Urteil vom 18. 3. 1935[3]) die Anordnung des RM. d. Innern vom 13. September 1934 als VO.[4]), obwohl diese

[3]) LG. Dresden in JW. 1935/1949, Urt. v. 18. III. 1935.

[4]) Die Anordnung lautet: „Die Betätigung der Wachtturm-, Bibel- u. Traktatgesellschaft in der Herstellung u. dem Vertrieb von Traktaten u. anderen propagandistischen Schriften bleibt nach wie vor verboten, ebenso jegliche Lehr- u. Versammlungstätigkeit der Bibelforschervereinigung".

Anordnung in einem zur Bekanntmachung von Gesetzen und VO.en bestimmten Blatt nicht veröffentlicht wurde. Das LG. Dresden führt dazu aus: "Die VO. des RM. d. Innern hat, sofern die Reichsverfassung der Bibelforschervereinigung ihre Freiheit gewährleistet hat, neues Verfassungsrecht gesetzt. Dazu war die Reichsregierung nach Art. 4 des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches vom 30. 1. 1934, zumal nach der Vereinigung des Reichspräsidenten- und Reichskanzleramtes, befugt. Insbesondere kann die Reichsregierung auch durch Verwaltungsanordnungen und Maßnahmen jeder Art, die in dieser Richtung liegen, die Neuerungen des Verfassungsrechtes durchführen. Daß eine Anweisung des RM. d. Innern an die Landesregierungen eine Maßnahme dieser Art darstellt, bedarf keiner Ausführung."

Ein anderes sächsisches Landgericht[5]) ist der Meinung, die amtliche Kundgebung des Preußischen Justizministers, die sich mit der Unpfändbarkeit von Rundfunkgeräten befaßte, sei eine amtliche Auslegung des Gesetzes. Sie stelle sich angesichts der Einheitlichkeit der n.s. Regierung unzweifelhaft als eine Willensäußerung der Staatsführung dar und wirke deshalb wie ein Gesetz, auch wenn dessen Form nicht gewählt sei. Den Gründen, warum die Gesetzesform nicht gewählt wurde, habe der Richter nicht nachzugehen. Hierbei handle es sich um politische Erwägungen, die der Richter nicht nachprüfen dürfe.

In beiden Entscheidungen werden demnach Anordnungen und Kundgebungen von Reichs- und Länderministern dem vom Reichsgesetzgeber geschaffenen Gesetz gleichgestellt. Diese Anordnungen und Kundgebungen sind in einem zur Bekanntmachung von Gesetzen und VO.en bestimmten Blatt nicht veröffentlicht worden. Daraus folgt mit zwingender Notwendigkeit, daß der Richter auch nicht zuständig sein kann[6]), die Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers auf ihre ordnungsmäßige Verkündung nachzuprüfen. Denn nach der Ansicht der beiden genannten Entscheidungen haben auch

[5]) Das Urt. des betr. sächs. LG. wird von Krug, DJ. 1934/933 u. Koellreutter, (Die Verwaltungsakademie, Bd. 1 Beitr. Nr. 15 S. 9) eingehend besprochen. Um welches Urteil es sich dabei handelt, wird nicht näher angegeben.

[6]) Nach der Ansicht der beiden sächs. Landgerichte.

die formlosen Anordnungen und Kundgebungen der Reichsminister Gesetzeskraft. Was für die Anordnungen des RM. gilt, muß aber erst recht für die Anordnungen und Willenskundgebungen des Reichsgesetzgebers gelten.

§ 9. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen der Reichsminister.

Die Frage lautet: „Dürfen VO.en der Reichsminister daraufhin geprüft werden, ob sie mit dem Gesetz und dem zu seiner Ausführung freigegebenen Rahmen in Einklang stehen?“ Sowohl das Landgericht Berlin als auch das Kammergericht, die sich beide mit diesem Problem auseinanderzusetzen hatten, gelangten zu einem bejahenden, wenn auch in den Einzelheiten voneinander abweichenden Ergebnis.

Den Entscheidungen der beiden Gerichte lag derselbe Sachverhalt zu Grunde. Der eingetragene Grundstückseigentümer war gestorben. Die Erben stellten beim GBA. den Antrag, sie als Eigentümer im GB. einzutragen. Das GBA. erließ jedoch eine Zwischenverfügung und verlangte die Vorlegung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 189 b RAbg.O.. Gegen die Zwischenverfügung des GBA. legten die Erben beim LG. Berlin Beschwerde ein. Das LG. Berlin erörterte nun die Frage, ob § 8 der Durchführungsbestimmungen des RFM. vom 22. 1. 1935 (RMin.Bl. S. 28) mit den §§ 189 a und 189 b der neuen Fassung der RAbg. O. vereinbar oder nicht in vollem Umfang vereinbar und daher insoweit rechtsungültig und nicht anwendbar sei.

In dem Beschluß vom 8. Oktober 1935 führte das LG. hierzu u. a. aus[1]): „Die Ermächtigung des Reichsfinanzministers durch § 189 a Abs. I S. 2 RAbg.O. geht nur dahin, die näheren Bestimmungen über die im vorhergehenden Satz ausgesprochene Anzeigepflicht zu treffen. Diese Ermächtigung deckt nicht eine materielle Erweiterung der Anzeigepflicht über den gesetzlich bestimmten Umfang hinaus. Nur im Rahmen dieser gesetzlichen Anzeigepflicht kann der Reichsfinanzminister die näheren Bestimmungen treffen. Die Beschwerdekammer hält deshalb die vorerwähnten Durchführungsbestimmungen, soweit sie über die Vorschriften des

[1]) JW. 1935/3124.

Gesetzes selbst hinaus auch für den Fall, daß der Rechtsvorgang von der Grunderwerbssteuer ausgenommen ist, die Eintragung in das GB. von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen, für die rechtliche Grundlage entbehrend." Das LG. fährt sodann fort: „Diese Ermächtigung geht dahin, daß der Reichsfinanzminister zur Durchführung und zur Ergänzung der vom Reiche erlassenen Steuergesetze Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften erlassen kann.... Unter diese Ermächtigung fällt nicht die Schaffung eines neuen Tatbestandes, der eindeutig über den vom Gesetz klarbestimmten und umschriebenen Tatbestand hinausgeht. Insbesondere können als Ergänzung nur Vorschriften gelten, die eine Ausgestaltung der im Gesetz selbst enthaltenen Vorschriften darstellen, nicht aber Vorschriften, die eine Erweiterung der gesetzlichen Regelung enthalten"[2]).

Der I. Z.S. des KG. hob den Beschluß des LG. Berlin am 12. Dezember 1935 auf[3]). Er begründete seine Entscheidung damit, „daß eine vom Führergrundsatz beherrschte Regierung, bei der die bisherige scharfe Trennung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung nicht mehr bestehe, dem Fachminister, der selbst an der Schaffung des Gesetzes maßgebend beteiligt sei, unbedenklich einen weit größeren Spielraum lassen könne. Daraus folge, daß eine „Ergänzung" nur in zwei Richtungen beschränkt sei. Einmal müsse sie sich in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes halten. Ferner sei eine Ergänzung nur möglich, soweit das Gesetz eine Frage noch nicht — ausdrücklich oder stillschweigend — abschließend geregelt habe. Soferne nicht die gesetzliche Regelung erschöpfend sein wolle und damit eine Erweiterung im Verordnungswege stillschweigend ausschließe, würden sich als „Ergänzung" nicht nur solche Vorschriften darstellen, die zur näheren Ausgestaltung der im Gesetz bereits enthaltenen Vorschriften dienen, sondern auch erweiternde Vorschriften."

Die Ansichten der beiden Gerichte weichen demnach insoweit voneinander ab, als sie sich über den Umfang des

[2]) vgl. die Ausführungen von Recke, Berlin in JW. 1935/2795.
[3]) JW. 1936/197 f..

Rahmens der gesetzlichen Ermächtigung nicht einig sind. Je weiter der Rahmen einer Ermächtigung gespannt ist, desto weniger Raum besteht für die richterliche Nachprüfung der auf Grund dieser Ermächtigung erlassenen Rechtsnormen. Das LG. Berlin glaubt, die Ermächtigung zum Erlaß von Durchführungs- und Ergänzungsbestimmungen bedeute stets nur die Berchtigung zum Erlaß von Ausführungsbestimmungen, die sich darauf beschränken, das Gesetz im Einzelnen näher auszuführen. Eine Erweiterung des Gesetzes durch Schaffung neuer Tatbestände sei aber unzulässig. Das KG. dagegen ist der Auffassung, daß die Ermächtigung zum Erlaß von Ergänzungsbestimmungen die Erweiterung des Gesetzes selbst zulasse, soferne sich die VO. in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebiets halte und das Gesetz eine Frage nicht abschließend geregelt habe.

Der Meinungsstreit des LG. Berlin und des KG. betrifft nach dem Ausgeführten also nicht die Frage, ob überhaupt die Gerichte zu einer Nachprüfung der VO.en der Reichsminister befugt sind, sondern die Frage, inwieweit dem Richter ein Prüfungsrecht gegenüber derartigen VO.en zusteht. Beide Gerichte gehen dabei stillschweigend davon aus, daß grundsätzlich der Richter zuständig ist, die VO.en der Reichsminister auf ihre Uebereinstimmung mit dem Gesetz und dem zu seiner Ausführung freigegebenen Rahmen zu prüfen.

Demgegenüber gelangt das LG. Dresden in dem schon erwähnten Urteil v. 18. III. 1935 in JW. 1935/1949 zu einem völlig entgegengesetzten Ergebnis. Nach der Ansicht des LG. Dresden darf der Richter nicht einmal die ordnungsmäßige Verkündung der VO. eines RM. nachprüfen. Denselben Standpunkt nimmt noch ein weiteres sächsisches LG. ein, dessen Entscheidung von Krug (DJ. 1934/933) und Koellreutter (Die Verwaltungsakademie, Bd. 1, Beitr. Nr. 15 S. 9) eingehend besprochen wird. Die Entscheidungen der beiden LG.e schließen somit die materielle und formelle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en der RM. nahezu vollständig aus.

§ 10. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen Verordnungen.

Seit dem Aufkommen der geschriebenen Verfassungen war in Deutschland dem Richter ein Prüfungsrecht gegenüber VO.en auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zugebilligt worden. Auch die gesamte Rechtsprechung einschließlich der der höchsten Gerichte hat sich schon im Kaiserreich für die Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en ausgesprochen. Im Weimarer Staat herrschte in Schrifttum und Rechtsprechung in dieser Frage Einstimmigkeit. Man sagte, die richterliche Kontrolle der Verwaltung sei eine Selbstverständlichkeit „für rechtsstaatliches Denken“[1]). Das RG. hält auch im neuen Staat an dem richterlichen Prüfungsrecht gegenüber VO.en fest. In der Entscheidung des III. Z.S. vom 21. Dezember 1934[2]) wird ausgeführt: „Unrichtig ist aber weiter in dieser Allgemeinheit der vom Berufungsgericht aufgestellte Satz, es gehöre unbestritten auch nach dem heutigen Verfassungszustande zu den Aufgaben der Gerichte, die Rechtsgültigkeit der von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen VO.en nachzuprüfen, insbesondere nach der Richtung, ob diese VO.en im Einklang mit den geltenden Gesetzen stünden. Eine solche Nachprüfung stand und steht den Gerichten nur im Rahmen der Prüfung von Ansprüchen zu, die zulässigerweise ihrer Entscheidung unterbreitet sind, für die also der Rechtsweg offensteht“. Das RG. bekennt sich somit gegenüber den VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden ausdrücklich — was es sonst regelmäßig vermeidet — zum richterlichen Prüfungsrecht im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Dabei verschweigt es allerdings die Gründe, die für das richterliche Prüfungsrecht gegenüber VO.en auch im neuen Staat sprechen. Das RG. unterläßt ferner die Prüfung der Frage, ob das richterliche Prüfungsrecht unterschiedslos allen VO.en der Verwaltungsbehörden gegenüber besteht oder ob es insbesondere gegenüber den VO.en der höchsten Verwaltungsbehörden des Reiches Einschränkungen erleidet.

[1]) Morstein-Marx, Variationen, S. 18.
[2]) RGZ. 146/159.

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der Verwaltungsbehörden auf ihre Vereinbarkeit mit Rechtsnormen höheren Ranges wird auch von der Rechtsprechung anderer Gerichte als selbstverständlich stillschweigend bejaht. So prüft das Preuß. OVG. in seiner Entscheidung vom 20. 12. 1934[3]) die Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung nach, welche die öffentliche Ankündigung von Heilmitteln verbietet, wenn diesen über ihren wahren Wert hinausgehende Wirkungen beigelegt werden oder das Publikum durch die Art ihrer Anpreisung irregeführt wird. Die Rechtsgültigkeit der VO. wird bejaht und dabei gleichzeitig auf die Entscheidungen RGSt. 62/429 und Preuß. OVG. Urt. v. 15. 6. 1933 (RuPrVerw.Bl. 55/167) verwiesen. In der Entscheidung vom 21. November 1935[4]) erklärte das Preuß. OVG. eine Polizeiverordnung für rechtsungültig, weil sie nicht vereinbar sei mit der VO. über Handelsbeschränkungen v. 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 706). Das Preuß. OVG. hält ferner in seiner Entsch. v. 5. 12. 1935[5]), die in einer Polizei-VO. enthaltene Bestimmung nicht für anwendbar, wonach Zigeunern das Lagern im Bezirk einer Ortschaft überhaupt und an jedem Platz von vornherein verwehrt werden kann, die Dauer des Aufenthalts allgemein beschränkt wird und die Zigeuner nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne weiteres zum Verlassen des Bezirks verpflichtet werden. Schließlich sei noch auf folgende Entsch. hingewiesen: Entsch. d. Preuß. OVG. 96/87 f., Urt. v. 31. I. 1935; 98/99 f., Urt. v. 24. 10. 1935; 97/134, Urt. v. 24. 10. 1935, RVerw.Bl. 1937/42; Entsch. v. 15. 10. 1936, RVerw.Bl. 1937/125; v. 10. 11. 1936, RVerw.Bl. 1937 S. 62/63; Urt. d. I. St.S.d.KG. v. 24. I. 1936, RVerw.Bl. 57/686. Es ließen sich noch weitere Entscheidungen anführen, die das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der Verwaltungsbehörden bejahen. Die genannten Entscheidungen genügen jedoch, um darzutun, daß die Rechtsprechung nach wie vor grundsätzlich den Standpunkt vertritt, daß der Richter die VO.en der Verwaltungsbehörden auf

[3]) vgl. Entsch. d. Gerichte u. Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung, Bd. 56, Jahrgang 1937 S. 481.
[4]) Reichsverwaltungsblatt Bd. 57/553 u. 554.
[5]) Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 57/360.

ihre Uebereinstimmung mit höherrangigen Rechtsnormen nachprüfen darf.

In zahlreichen Entscheidungen wird aber betont, der Richter dürfe staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit überhaupt nicht oder höchstens auf das Vorliegen vom Ermessensmißbrauch nachprüfen. Damit wird dem Richter auch die Befugnis abgesprochen, VO.en nachzuprüfen, die staatspolitische Maßnahmen enthalten[6]).

§ 11. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesgesetzen.

Die Frage, ob ein Landesgesetz mit einem Reichsgesetz oder gar der Reichsverfassung in Widerspruch steht, unterlag sowohl im Kaiserreich als auch im Weimarer Staat unstreitig der richterlichen Prüfungszuständigkeit[1]). Auch nach der n.s. Revolution hielt die Rechtsprechung an der bisherigen Stellungnahme zunächst fest. In der Entscheidung vom 15. Oktober 1935 billigt denn auch der III. Z.S. des Reichsgerichts[2]) dem Richter stillschweigend die Befugnis zu, Landesgesetze auf ihre Uebereinstimmung mit Reichsgesetzen zu prüfen. Zu betonen ist jedoch, daß es sich hierbei um Landesgesetze handelt, die noch nicht der reichsministeriellen Zustimmung gemäß § 3 der Verordnung v. 2. II. 1934 (RGBl. I S. 81) zur Durchführung des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches v. 30. I. 1934 (RGBl. I S. 75) bedurften.

Das RG. hatte sich in der genannten Entsch. mit der Frage zu befassen, ob § 5 des Badischen Gesetzes v. 29. I. 1934 zur Durchführung des Reichsgesetzes zur Wiederher-

[6]) So wurde insbesondere die richterliche Nachprüfung der auf Grund der VO.d.RPräs.v.28.II.1933 getroffenen staatspolitischen Maßnahmen in mehreren Entscheidungen für unzulässig erklärt. Vgl. hierzu den Beschluß d. LG. Tübingen v. 25. I. 1934 in JW. 1934 S. 627 (Schutzhaft); LG. Berlin, DJ. 1934/63; LG. Breslau, DJZ. 1935 Sp. 183 f., Urt. v. 16. Aug. 1934 (mit bes. eingehender Begründung): Entlassung eines preuß. Notars gem. § 4 d. Ges. z. Wiederh. des Berufsbeamtentums v. 7. IV. 1933; Hamburgisches Verwaltungsgericht in Fischers Zeitschrift 72/284.

[1]) Vgl. Anschütz, Ko.z.WRV., 14. Aufl. 1933/371, Anm. 5; Schack, „Die Prüfung" S. 275 f.; RGZ. 48/205; 64/197 f. bes. 201 u. 204; RGSt. 34/130; 35/277; 56/177 u. 181.

[2]) RGZ. 149/51 f. bes. 60 u. 61; vgl. auch RGZ. 147/292 f., 6. ZS. Urt. v. 11. IV. 1935.

stellung des Berufsbeamtentums gegen § 17 II des Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums verstoße. Es gelangte dabei zu dem Ergebnis, „daß diese landesgesetzlichen Vorschriften über den durch die Bestimmung in Nr. 2 zu § 17 der 3. DVO. d. Ges. z. Wiederherstellung des Berufsbeamtentums gezogenen Rahmen nicht hinausgehen". Dreht sich in dieser Entscheidung der Streit in erster Linie auch nur um die Frage, ob sich das betr. Landesgesetz im Rahmen der reichsgesetzlichen Ermächtigung hält, so kann ihr doch unbedenklich darüber hinaus entnommen werden, daß der III. ZS. des RG. dem Richter das Recht zubilligt, nachzuprüfen, ob Landesgesetze mit den Reichsgesetzen in Einklang stehen. Die Bejahung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Landesgesetzen beschränkt sich allerdings auf Landesgesetze, die im Weimarer Staat oder im neuen Staat, aber auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes, erlassen worden sind. Das ergibt sich eindeutig aus dem Urteil des III. Z.S. des RG. vom 8. I. 1937[3]). Es heißt dort: „Denn . . . . findet nach § 5 I des Badischen Durchführungsgesetzes zum Berufsbeamtengesetz vom 29. I. 1934 auf die gemäß § 4 BBG. entlassenen Bürgermeister § 27 Bad. Gem.O. Anwendung, d. h. sie erhalten Ruhegehalt erst dann, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Entlassung eine Dienstzeit von mindestens 18 Jahren als Bürgermeister zurückgelegt haben. Hat das irrevisible badische Recht, ..., diesen Inhalt, so widerspricht es insoweit dem Reichsrecht, wobei bemerkt werden soll, daß sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht auf das eben behandelte badische Ergänzungsgesetz vom 4. II. 1936, sondern nur auf das bad. Durchführungsgesetz vom 29. I. 1934 in Verbindung mit § 27 Bad.Gem.O. gestützt hat". Dementsprechend versagt der III. Z.S. des RG. dem § 5 I d. Bad. DFG. zum BBG. v. 29. I. 1934 insoweit die Anwendung und billigt dem Kläger das mit der Klage geltend gemachte Ruhegehalt zu.

Das Neuaufbaugesetz v. 30. I. 1934 in Verbindung mit § 3 der DVO. v. 2. II. 1934 hat nun einen neuen Rechtszustand herbeigeführt. Die Landesgesetze bedürfen seit die-

[3]) RGZ. 153/244 f..

ser Zeit einer reichsministeriellen Zustimmung. Der III. Z.S. des RG. hat nun in dem Urteil vom 28. Juli 1936[4]) zu der Frage, ob dieser neue Rechtszustand eine von der bisherigen abweichende Beantwortung des Problems erforderlich macht, ausdrücklich Stellung genommen. Der III. Z.S. erörterte in dieser Entscheidung u. a., ob das vom Reichsstatthalter in Baden zur Ergänzung des bad. Ges. v. 29. I. 1934 (zur Durchführung des BBG.) am 4. II. 1936 im Namen des Reiches und mit der Bemerkung, daß die RReg. ihre Zustimmung erteilt habe, verkündete bad. Landesgesetz auf seine Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Reichsrecht geprüft werden dürfe. Der Senat hat dies mit Entschiedenheit verneint. Er ging dabei davon aus, daß nach Art. 2 I des Neuaufbaugesetzes v. 30. I. 1934 die Hoheitsrechte der Länder auf das Reich übergegangen sind. „Nach § 1 der Neuaufbau-VO. v. 2. II. 1934 sei die Wahrnehmung der von den Ländern auf das Reich übergegangenen Hoheitsrechte den Landesbehörden zur Ausübung im Auftrag und im Namen des Reichs übertragen, soweit das Reich nicht von diesem Recht Gebrauch mache. Die Landesregierungen seien, wie der Reichsminister des Innern am 31. I. 1934 dargelegt habe, nur noch Ausführungsorgane des Reichs. Sie hätten zur Ausübung die Hoheitsrechte zurückerhalten, die die Länder bisher gehabt hätten, demnach mit dem bisherigen Inhalt und mit der bisherigen Begrenzung. Auch für die neuen Landesgesetze gelte also grundsätzlich, daß Reichsrecht Landesrecht breche. Sie seien zwar verfassungsrechtlich Reichsgesetze, dürften aber doch nicht den von der Regierung unmittelbar erlassenen Reichsgesetzen zuwiderlaufen, soweit ihnen die RReg. nicht selbst diese Wirkung beilege. Nach § 3 I Neuaufbau-VO. bedürften diese Landesgesetze der Zustimmung der zuständigen Reichsminister; nach § 6 des Reichssatthaltergesetzes v. 30. I. 1935 fertige sie der Reichsstatthalter nach Zustimmung der RReg. aus und verkünde sie. Damit sei die Gewähr geschaffen, daß sie entweder mit dem allgemeinen Reichsrecht übereinstimmen oder ihre Abweichung von der RReg. gebilligt sei.

[4]) RGZ. 152/86 f. = JW. 1936/3394 f. = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937 S. 86/87, mitgeteilt von Reichsgerichtsrat Arnold.

Für eine gerichtliche Nachprüfung der Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Reichsrecht sei deshalb daneben kein Raum und kein Bedürfnis. § 17 I BBG. ermächtige überdies noch den Reichsminister des Innern, im Einvernehmen mit dem Reichsfinanzminister, die zur Durchführung und Ausführung des BBG. erforderlichen RVO.en zu erlassen. Umso weniger könnten die Gerichte Ausführungsgesetze der Länder, zu denen der RMdI. im Rahmen des BBG. seine Zustimmung erteilt habe, auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Reichsrecht untersuchen"[5]).

In der Entscheidung vom 8. I. 1937[6]) nimmt der III. Z.S. des RG. auf sein Urteil vom 28. Juli 1936 ausdrücklich Bezug und betont nochmals: „Durch die Zustimmung der RRg. zu dem Bad. Gesetz v. 4. II. 1934 (Bad.GuVBl. S. 7) ist die Frage abschließend dahin beantwortet, daß es unter reichsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist".

Weitere Entscheidungen des RG., die sich mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber derartigen Landesgesetzen hätten befassen müssen, liegen offenbar bislang nicht vor. Trotzdem kann im Hinblick auf die beiden genannten Entscheidungen des III. Z.S. des RG. gesagt werden, daß nach der Ansicht des RG. der Richter die Landesgesetze höchstens daraufhin nachprüfen darf, ob sie mit reichsministerieller Zustimmung erlassen wurden. Angesichts der eindeutigen und klaren Stellungnahme des III. Z.S. des RG. darf dieser Schluß gezogen werden, obwohl nur wenige Entscheidungen über diese Frage vorliegen.

§ 12. Das Prüfungsrecht gegenüber Landesverordnungen.

Nach dem früheren Rechtszustande unterlagen die Landesverordnungen einer unbeschränkten Kontrolle seitens der Gerichte. Daran hat die Rechtsprechung im wesentlichen auch im neuen Staat festgehalten. So wurde in zahlreichen Entscheidungen nachgeprüft, ob Landesverordnungen, die sich auf die VO.d.RPräs. v. 28. II. 1933 stützten, sich

[5]) vgl. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937 S. 86 u. 87.
[6]) RGZ. 153/245.

im Rahmen dieser VO. hielten[1]). Als Beispiel sei das Urteil des VI. St.S. des RG. v. 23. I. 1934[2]) genannt. Die Gültigkeit der VO. des Sächs.M.d.Innern v. 18. IV. 1933 (Sächs. Ministerialblatt 1933 S. 251), die für das Gebiet des Freistaates Sachsen die Internationale Vereinigung Ernster Bibelforscher samt ihren Unterverbänden aufgelöst und verboten hatte, war von den Betroffenen angezweifelt worden. Das RG. bejahte die Rechtsgültigkeit der sächs. VO. mit dem Hinweis, daß es sich bei der Internationalen Vereinigung Ernster Bibelforscher nicht um eine Religionsgesellschaft im Sinne des Art. 137 WRV. handle. „Wäre die Vereinigung eine Religionsgesellschaft, dann wäre die ganze VO. verfassungswidrig und darum rechtsungültig. Denn die Bestimmung des Art. 137 II WRV., die die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften gewährleiste, sei von dem RPräs. nicht außer Kraft gesetzt worden und gehöre auch überhaupt nicht zu den Bestimmungen, zu deren Ausserkraftsetzung der Art. 48 II WRV. den RPräs. ermächtige“[3]).

Auch der 1. St.S. des RG. erkennt in seinem Urteil vom 24. Sept. 1935[4]) gegenüber Landesverordnungen das volle richterliche Prüfungsrecht an. Der Streit dreht sich in dieser Entscheidung um die Gültigkeit einer Anordnung des Bad. M.d.Innern vom 15. Mai 1933, wonach auf Grund des § 1 der VO.d.RPräs. vom 28. 2. 1933 (RGBl. I S. 83) die I. V.E.B. mit sofortiger Wirkung für das Land Baden verboten wurde. Der 1. St.S. des RG. stellte fest, daß sich diese Anordnung des bad. Innenministers im Rahmen der VO. des RPräs. vom 28. 2. 1933 halte. Auch der Art. 137 WRV. stehe ihr nicht entgegen.

Der IV. St.S. des RG. nimmt in seinem Urteil vom 4. Okt. 1935[5]) auf die Entscheidung des I. St.S. vom 24. Sept. 1935 Bezug.

---

[1]) vgl. das umfangreiche Entscheidungsmaterial bei Rolf Stödter, „Verfasungsproblematik u. Rechtspraxis“ Arch. öff. Recht NF 27 S. 166 f..

[2]) RG. in JW. 1934/767.

[3]) RG. in JW. 1934/767.

[4]) RGSt. 69/341.

[5]) RGSt. in JW. 1935/3379.

Das Sondergericht Darmstadt erklärte die Anordnung des hessischen Staatsministeriums vom 18. Okt. 1933[6]), die an die Polizeibehörde gerichtet und ordnungsgemäß bekannt gemacht war, für rechtsungültig. „Denn sonst würden ganze Institutionen auch unseres gegenwärtigen Verfassungslebens in der Luft hängen"[7]).

Der III. Z.S. des RG. prüft in seinem Urteil vom 27. Juni 1933[8]) eine preußische Landes-VO. auf ihre Uebereinstimmung mit einer Ausnahmeverordnung des RPräs. Er erklärte, der § 36 Nr. 3 der 2. Preuß. Sparverordnung vom 23. 12. 1931 finde in der Notverordnung des RPräs. vom 24. Aug. 1931 keine verfassungsrechtliche Grundlage und sei daher rechtsungültig. Denn die Abänderung von § 6 Altersgrenzengesetz vom 15. 12. 1920, wonach die Altersgrenze für Leiter und Lehrer an öffentlichen Schulen an Stelle des 65. auf das 62. Lebensjahr festgesetzt werde, werde nicht durch die den Landesregierungen erteilte Ermächtigung[9]), im Verordnungswege Ausgaben herabzusetzen, gedeckt, da sie keine Ersparnis bedeute, sondern zu vermehrten Ausgaben führe.

Aus diesen Entscheidungen kann gefolgert werden, daß die Rechtsprechung auch im neuen Staat grundsätzlich das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Landes-VO.en bejaht. Aber wie bei den VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden gilt auch hier eine Ausnahme. Nach mehreren Entscheidungen darf der Richter staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit nicht oder höchstens auf das Vorliegen von Ermessensmißbrauch nachprüfen. Dementsprechend darf der Richter auch nicht Landes-VO.en

---

6) Abt. Ia zu Geschäftsnummer 16652.

7) JW. 1934/1744, Urt. v. 26. 3. 1934.

8) RGZ. 140/404 = JW. 1933/1946.

9) Diese Ermächtigung, die dem preußischen Staatsministerium bei Erlaß der 2. Sparverordnung angeblich gefehlt hatte, wurde durch § 1 des Reichsgesetzes v. 3. Juli 1934 ausdrücklich erteilt. Jedem weiteren Meinungsstreit wurde hierdurch die Grundlage entzogen. Vgl. hierzu RGZ. 147/174, Urt. d. III. Z.S. vom 5. IV. 1935 = JW. 1935/1981; Pfundtner-Neubert Ia Nr. 18 Anmerkung 3 zu § 1 des Gesetzes vom 5. Juli 1934.

nachprüfen, die besonders bedeutsame staatspolitische Maßnahmen anordnen[10]).

Das Neuaufbaugesetz vom 30. 1. 1934 in Verbindung mit der 1. DFVO. z. Neuaufbaugesetz vom 2. 2. 1934 hat nun auch für den Erlaß von Landesverordnungen einen neuen Rechtszustand geschaffen. Die Frage lautet: „Darf der Richter die auf Grund des neugeschaffenen Rechtszustandes erlassenen Landesverordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Landesgesetzen und dem Reichsrecht prüfen?" Die Rechtsprechung hatte sich mit diesem Problem offenbar bislang noch nicht zu befassen. Eine Entscheidung, die sich mit dieser Frage hätte befassen müssen, war jedenfalls in den maßgebenden Entscheidungssammlungen und Zeitschriften nicht zu finden. Dieses Problem soll deshalb im Folgenden (vgl. § 22 dieser Arbeit) eingehend untersucht werden.

II. Die Rechtsprechung zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates.

§ 13. Das materielle und formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates.

Wie im geschichtlichen Teil ausgeführt wurde, hat der Weimarer Staat dem Richter das volle Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen mit Ausnahme weniger und geringer Einschränkungen eingeräumt. Im Gegensatz hierzu erschien ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtrsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers ausgeschlossen. Gegenüber den sonstigen im neuen Staat geschaffenen Rechtsregeln wird teilweise — wie wir gesehen haben — von der Rechtsprechung ein richterliches Prüfungsrecht bejaht[1]). Die

[10]) Vgl. oben § 10 Anmerkung 6. Das Landgericht Tübingen hatte sich zwar in seinem Beschluß mit der Rechtsgültigkeit einer Verfügung (Schutzhaft) zu befassen. In der Begründung gelangt es jedoch zu dem Ergebnis, daß das richterliche Prüfungsrecht gegenüber staatspolitischen Maßnahmen nicht in Frage kommt.

[1]) So gegenüber den VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden, u. den älteren Landesgesetzen- u. -verordnungen.

hier zu erörternde Frage lautet nun: „Wie hat sich der Richter gegenüber den aus dem alten Staat stammenden Rechtsnormen zu verhalten, bei denen es zweifelhaft ist oder wird, ob sie im Weimarer Staat gesetz- oder verfassungsmäßig waren?“ Hat der Richter gegenüber derartigen Rechtsnormen ein materielles und formelles Prüfungsrecht? Diesem Problem kommt eine gewisse Bedeutung zu.

So finden sich in der Rechtsprechung der Gerichte zahlreiche Entscheidungen, die sich mit der Frage befassen, ob die VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden mit höherrangigen Rechtsnormen des Reichs übereinstimmen. Als Beispiel sei genannt, das Urteil des III. Z.S. vom 28. 4. 1936[2]), in dem nachgeprüft wird, ob landesrechtliche Vorschriften, die den Polizeibehörden gestatten, die Eröffnung eines Gewerbebetriebes wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung zu untersuchen, mit dem in § 1 RGew.O. aufgestellten Grundsatz der Gewerbefreiheit vereinbar sind. Weitere Beispiele wurden schon bei der Behandlung der Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungsbehörden erlassenen VO.en genannt[3]). Denn aus ihnen konnte gleichzeitig die Stellungnahme der Rechtsprechung zu dem Problem der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den im neuen Staat erlassenen VO.en der Verwaltungsbehörden entnommen werden. Nach der Rechtsprechung der Gerichte ist demnach der Richter grundsätzlich zuständig, die VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden auf ihre Uebereinstimmung mit höherrangigen Rechtsnormen nachzuprüfen. Dabei ist es gleichgültig, ob diese VO.en aus dem alten oder neuen Staat stammen.

Bei der Erörterung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Landesverordnungen wurde ein Urteil erwähnt, das eine preußische Landesverordnung auf ihre Vereinbarkeit mit einer Ausnahmeverordnung des Art. 48 WRV. nachprüfte und die Rechtsungültigkeit der Landesverordnung feststellte[4]). Das Urteil war ein Beleg für die

[2]) RGZ. in RVerw. Bl. 1937/143.
[3]) Vgl. oben § 10 Anmerkung 3.
[4]) RGZ. 140/404, JW. 1933/1946; vgl. auch RGZ. 147/292 f., Urt. des VI.Z.S. vom 11. IV. 1935.

Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit durch die Gerichte gegenüber den Landesverordnungen, die auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes erlassen wurden. Der Richter ist demnach nach der Ansicht der Gerichte grundsätzlich zuständig, ältere Landes-VO.en — gleichgültig, ob sie aus dem alten oder neuen Staat stammen — auf ihre Uebereinstimmung mit höherrangigen Rechtsnormen nachzuprüfen.

Endlich ist noch auf ein Urteil des I. St.S. des KG. vom 10. 11. 1935[5]) hinzuweisen. Eine St.K. hatte der Notverordnung des RPräs. vom 8. 12. 1931 (RGBl. I S. 699) die Anwendung versagt. Sie stehe einmal in Widerspruch mit der n.s. Weltanschauung, zum andern fehle ihr die gesetzliche Grundlage des Art. 48 II WRV.[6]). Das KG. weist die Ausführungen der St.K. mit den Worten zurück: „Die Gerichte sind nach wie vor nicht für befugt zu erachten, die Notwendigkeit und die Zweckmäßigkeit dieser Notverordnung nachzuprüfen (Art. 48, 102 WRV.). Die entgegengesetzte Ansicht der St.K. führe zu dem Ergebnis, daß der Richter nicht mehr dem Gesetz unterworfen, sondern dem Gesetzgeber übergeordnet sei". Es verweist sodann auf das Führerprinzip, das beeinträchtigt würde, wenn man der Ansicht der St.K. folge. Das KG. spricht demnach — der Rechtsprechung der Mehrzahl der Gerichte im Weimarer Staat folgend[7]) — dem Richter die Befugnis ab, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der alten Ausnahmeverordnungen nachzuprüfen. Es begnügt sich jedoch zur Begründung seiner von der St.K. abweichenden Ansicht keines-

[5]) KG. in DJ. 1934/193.

[6]) Hier ist allein der letztere Grund zu erörtern.

[7]) Ermessensfragen waren im Weimarer Staat — wie im geschichtlichen Teil schon erwähnt wurde — der richterlichen Nachprüfung in der Regel entzogen. Bei den Ausnahme-VO.en zählten im Weimarer Staat zu den Ermessensfragen insbesondere, ob eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung vorlag oder Gefahr im Verzug war, sowie die Frage der Notwendigkeit u. der Zweckmäßigkeit der zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit u. Ordnung erlassenen Maßnahmen. Vgl. E. Jakobi, Die Diktatur des RPräs. in Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer I, Berlin u. Leipzig 1924 (Veröff.St.R.L.V. Heft 2 S. 124; RGZ. 107/379.

wegs mit einem bloßen Hinweis auf den im Weimarer Staat herrschenden Rechtszustand. Wenn es sich auf den in Art. 102 WRV. und § 1 GVG. enthaltenen Satz, der Richter ist dem Gesetz unterworfen, und auf das Führerprinzip beruft, so verleiht es damit der Ansicht Ausdruck, daß es Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Rechtsnormen des Reichsgesetzgebers, sowie die (ihnen gleichstehenden) Ausnahmeverordnungen des RPräs. auf Mängel hin zu überprüfen. Der Reichsgesetzgeber allein ist zuständig, bei Feststellung irgendwelcher Mängel bei derartigen Rechtsnormen die entsprechende Folgerung zu ziehen.

Aus all den genannten Entscheidungen ersieht man, daß die Rechtsprechung den Richter für zuständig erachtet, die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit den höherrangigen Rechtsnormen des alten Staates und selbstverständlich erst recht mit den höherrangigen Rechtsnormen des neuen Staates nachzuprüfen. Die Rechtsprechung bejaht insoweit das materielle Prüfungsrecht des Richters. Die weitere Frage, ob und inwieweit dem Richter gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates ein formelles Prüfungsrecht zusteht, ist von der Rechtsprechung bislang nicht behandelt worden. Diese Frage wird deshalb im Folgenden (vgl. § 23 dieser Arbeit) untersucht werden.

§ 14. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Es handelt sich hier um die Frage, ob der Richter gegen den erklärten und in dem Gesetz deutlich zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers entscheiden darf[1]). Das höchste deutsche Gericht, das Reichsgericht, sprach in mehreren Entscheidungen dem Richter eine solche Befugnis mit aller Entschiedenheit ab.

In der Entscheidung des VII. Z.S. vom 6. Juli 1934[2]) wird die Frage erörtert, ob Lebensversicherungsansprüche gegenüber einer ausländischen Versicherungsgesellschaft frei aufgewertet werden können, wenn das Reichsaufsichtsamt

[1]) Bull, Arch. ziv. Prax. 139/338.
[2]) RGZ. 144/306 f..

für Privatversicherung festgestellt hat, daß die Gesellschaft als eine unter Reichsaufsicht stehende Unternehmung anzusehen ist[3]). Der VII. Z.S. verneint dies mit der Begründung, daß „wirtschaftliche Gesichtspunkte das Gericht nicht dazu veranlassen dürfen, eine Entscheidung zu treffen, welche den klaren gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen würde. Nach wie vor gelte der allgemeine Rechtssicherheit verbürgende, an der Spitze des GVG. stehende Grundsatz, daß der Richter dem Gesetz unterworfen ist.... Wenn also das Ergebnis des Aufwertungsverfahrens im vorliegenden Fall unbillig oder aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen unerwünscht sein sollte, so könne im Hinblick auf die entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften nicht durch Richterspruch Abhilfe geschaffen werden. Das wäre nur im Wege einer Gesetzesänderung möglich. Der VII. Z.S. des R.G. fügt dann noch bekräftigend hinzu: „Ebenso gilt noch jetzt § 336 St.GB., wonach die Beugung des Rechts mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft wird. Einer solchen macht sich aber ein Richter schuldig, der vorsätzlich zu Gunsten einer Partei eine Rechtsnorm verletzt.“ Auch in den Entscheidungen des I. Z.S., Urteil vom 10. 3. 1934[4]) und des IV. Z.S., Urteil vom 12. Juli 1934[5]) bringt das Reichsgericht zum Ausdruck, die Gerichte seien nicht befugt, „den n.s. Anschauungen über diejenigen Grenzen hinaus Geltung zu verschaffen, die die Gesetzgebung des n.s. Staates sich selbst gezogen habe.“ Es hält lediglich die Nachprüfung der bisherigen Gesetzesauslegung für erforderlich. Die Gesetzesauslegung dürfe aber keinesfalls zur Beseitigung des anzuwendenden Gesetzes selbst führen[6]). Die Entscheidung des IV. Z.S. des RG.

[3]) Aufwertungsgesetz, §§ 1, 59/62, DVO. z. Aufwertungsgesetz v. 29. 11. 1925 (RGBl. I S. 392) Art. 100, 101, 115.

[4]) RGZ. 144/106 = JW. 1934/2613 f..

[5]) RGZ. 145/6 f..

[6]) Das RG. zieht aber keineswegs mit diesen Entsch. den Satz, „lex posterior derogat legi priori”, in Zweifel. Dieser Satz gilt unstreitig auch heute noch. Die Probleme sind überdies durchaus verschieden. Denn bei der hier zu erörternden Frage handelt es sich nicht darum, ob ein Gesetz des alten Staates durch ein Gesetz des n. s. Staates ausdrücklich oder stillschweigend außer Kraft gesetzt ist. Es soll vielmehr untersucht werden, ob ein Gesetz des alten Staates durch den Geist der n. s. Weltanschauung überwunden u. außer Kraft gesetzt wird, sofern das Gesetz mit der n. s. Weltanschauung in einem unlöslichen Widerspruch steht.

vom 1. August 1935[7]) dürfte gleichfalls auf die das richterliche Prüfungsrecht ablehnende Stellungnahme des RG. zurückzuführen sein. Der IV. Z.S. des RG. gelangt in diesem Urteil zu dem Ergebnis, der Lauf der Anfechtungsfrist gemäß § 1594 BGB. werde nicht dadurch gehemmt, daß der nach dem Gesetz vermutete Vater erst nach Jahr und Tag taugliche Beweismittel erlange. Dabei beruft sich der IV. Z.S. lediglich auf das Gesetz, ohne sich mit den auftauchenden Problemen der Gesetzesauslegung und des richterlichen Prüfungsrechtes auseinanderzusetzen.

Zahlreiche andere Gerichte teilen die damalige Stellungnahme des RG. So weist das LG. Berlin in seinem Urteil vom 3. 7. 1934[8]) daraufhin, daß seitens der Regierung immer wieder betont wurde, der Richter sei an das Gesetz gebunden. Das Gegenteil würde nur eine unheilvolle Rechtsunsicherheit zur Folge haben und der Richter würde sich damit auf das politische Gebiet begeben. Das Preußische OVG. stellt in seiner Entscheidung vom 15. 2. 1934[9]) fest, daß § 56 Gew.O. — entgegen dem Urteil eines Bezirksausschusses — lediglich den Ankauf und das Feilbieten von Arznei- und Geheimmitteln verbiete. Dieses Verbot beziehe sich aber nicht auf das Aufsuchen von Bestellungen auf Arznei- und Geheimmittel. Das Preuß. OVG. vertritt demnach den Standpunkt, der Richter habe nicht die Befugnis, im Hinblick auf die durch die nationale Revolution geschaffene neue Rechtslage von dem geschriebenen Recht abzuweichen. Dagegen habe der Richter zu beachten, daß die Anwendung der sog. Generalklauseln eine Auslegung im Sinne des herrschenden Rechtsbewußtseins, d. h. im Geiste der n.s. Weltanschauung fordere.“ Wenn der Bezirksausschuß erkläre, er erstrecke das Verbot des „Feilbietens“ der in § 56 Gew.O. genannten Waren auch auf das „Aufsuchen“ von Bestellungen, so wende er hiernach das Gesetz entgegen seinem eindeutigen Wortlaut an“[10]). Das Erbgesundheitsgericht in Hamburg hatte sich in seinem Beschluß vom 16. 3. 1934 mit

7) RGZ. in JW. 1935/2716.
8) LG. Berlin in DJ. 1934/1511 f..
9) Preuß. OVG. in RVerw. Bl. 1934/286 f..
10) Vgl. RVerw. Bl. 1934/286.

der Frage zu befassen, ob eine eugenische Indikation nach dem damals geltenden Recht zulässig sei[11]). Es bejaht die Zulässigkeit der eugenischen Indikation; § 218 St.GB. stehe nicht im Wege. Denn die Volksgesundheit sei ein höherwertiges Gut, das die eugenische Indikation rechtfertige. Das EGG. nimmt gleichzeitig zu der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes Stellung, indem es ausführt: „Wenn das geltende Recht trotzdem die Unterbrechung der Schwangerschaft verbietet, so hat der Richter, der zur Aenderung des geltenden Rechtes nicht befugt ist, das hinzunehmen." Damit hat das EGG. Hamburg den Gerichten die Befugnis abgesprochen, die Gesetze des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung zu überprüfen[12]). Auch das Reichsversicherungsamt betont, daß die Gerichte die geltenden Gesetze unter allen Umständen zu achten hätten und nicht dazu berufen seien, an Stelle des Gesetzgebers die bestehenden Gebote des Staates zu ändern; der Richter habe nicht die Aufgabe „Recht zu schaffen, sondern Recht zu schöpfen .... nicht das Recht zu setzen, sondern zu finden." Das Gesetz solle durch Anwendung von Generalklauseln mit der n.s. Weltanschauung in Uebereinstimmung gebracht werden[13]). Das RVA. mißbilligt deshalb die Auffassung eines Oberversicherungsamtes, daß eine Mutter von 6 Kindern bei einem Alter von 58 Jahren, die infolge der 6 Geburten einen verfallenen Eindruck machte, entgegen der Beurteilung durch Vertrauensarzt und Gerichtsarzt als invalide im Sinne der n.s. Rechtsauffassung anzusehen sei.

Diesen Entscheid., die eine Prüfungszuständigkeit des Richters verneinen, stehen zahlreiche andere gegenüber, die

[11]) JW. 1935/217 = DRZ. Nr. 97 S. 94; Die eugenische Indikation ist heute unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Vgl. § 10a des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. 7. 1933 (RGBl. I S. 529), eingefügt durch das Gesetz v. 26. Juni 1935 (RGBl. I S. 773) u. 4. VO. zur Ausführung des Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 18. 7. 1935 (RGBl. I S. 1035).

[12]) Vgl. auch EGG. Hamburg in JW. 1935/218, Entsch. v. 17. IV. 1934.

[13]) Vgl. Entsch. u. Mitteilungen des RVA., Bd. 35/339, Urt. v. 4. I. 1934 = DJZ. 1934/813; vgl. auch DJZ. 1935/545 f.; E. u. M. Bd. 36/177 u. DJZ. 1935/256 Nr. 31, Entsch. v. 25. IV. 1934; E. u. M. d. RVA. Bd. 37/130, Nr. 34, Beschluß v. 2. 11. 1934,

eindeutig dem Richter die Befugnis zusprechen, die Gesetze des früheren Staates auf ihre Uebereinstimmung mit der n.s. Weltanschauung zu prüfen. So meint das Landesarbeitsgericht Gleiwitz in der Entsch. vom 17. August 1933[14]), der § 84 des damals noch nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzten Betriebsrätegesetzes[15]) sei nicht mehr anwendbar. Zur Begründung seiner Ansicht weist es darauf hin, daß das Gericht, soferne es sich an den Buchstaben des Gesetzes halten und die jetzige Rechtsauffassung unberücksichtigt lassen würde, dem Willen der Regierung entgegenarbeite und das jetzt herrschende Rechtsempfinden verletze. Das LG. Kassel[16]) hält den § 760 BGB. mit Rücksicht auf die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse bei Unterhaltsleistung eines Beamten insoweit nicht mehr für anwendbar, als die Geldrente für 3 Monate vorauszahlbar sei. Das Amtsgericht Kassel führt in seinem Beschluß vom 21. September 1934[17]) aus, der § 850 IV ZPO. damaliger Fassung[18]) entspreche nicht mehr dem Rechts- und Volksempfinden der heutigen Zeit. Es sei nicht zulässig, den vollen Wochenlohn zu pfänden. In erster Linie müsse man den Familienvater leben lassen. Der II. ZS. des OLG. Düsseldorf betont in seinem Beschluß vom 18. IV. 1935[19]), daß die Vorschrift des § 1594 BGB. auch nach der für die Auslegung der Gesetze maßgebenden n.s. Weltanschauung nicht außer Kraft gesetzt sei. Der Senat billigt somit den Gerichten stillschweigend die Befugnis zu, die Gesetze des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der heutigen Rechts- und Weltanschauung zu überprüfen.

Neben der ein richterliches Prüfungsrecht schlechthin verneinenden und der ein richterliches Prüfungsrecht bejahenden Ansicht findet sich in der Rechtsprechung noch eine dritte Meinung. Sie wird in dem Beschluß des I. ZS. des

[14]) LAG. Gleiwitz in JW. 1933/2174.

[15]) Aufgehoben durch § 65 Ziffer 1 des Ges. z. Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. I. 1934 (RGBl. I S. 45).

[16]) LG. Kassel, Urt. v. 23. I. 1934 in JW. 1934/783.

[17]) AG. Kassel in JW. 1934/3020.

[18]) Vgl. Ges. zur Aenderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung v. 24. 10. 1934 (RGBl. I S. 1070), Art. 3.

[19]) OLG. Düsseldorf in JW. 1934/3020.

OLG. Königsberg vom 5. 12. 1933 vertreten[20]). Es heißt dort: „Die Frage, ob ältere Gesetze mit den heutigen Rechtsanschauungen und den Zielen der Reichsregierung übereinstimmen oder nicht, hat nur die Reichsregierung nachzuprüfen. Aus der Nichtaufhebung solcher Gesetze folgt deren — wenigstens vorläufige — Weitergeltung. Ihre Nichtanwendung durch den Richter würde einen Eingriff in die Befugnisse des Reichsgesetzgebers bedeuten, vor dem auch Freisler, DJ. 1933 Heft 49, warnt. Eine Ausnahme hiervon gilt nur dann, wenn die Reichsregierung offenbar versehentlich eine Vorschrift nicht ausdrücklich aufgehoben hat". Aus diesen Ausführungen des OLG. Königsberg, insbesondere aus dem letzten Satz, ist zu entnehmen, daß das OLG. der Auffassung ist, daß der Richter einem Gesetze des früheren Staates die Gültigkeit absprechen kann, wenn dieses Gesetz der n.s. Weltanschauung widerspricht und die Reichsregierung durch irgendwelche Maßnahmen autoritativ — wenn auch nicht ausdrücklich — bekundet, daß sie das betr. Gesetz nicht mehr angewendet wissen will.

Es ist nun auf Grund der obigen Ausführungen festzustellen, daß die hier behandelte Frage in der Rechtsprechung eine durchaus verschiedenartige Beantwortung gefunden hat. Uebereinstimmung herrscht nur insoweit, als einmütig gefordert wird, daß der Richter das geschriebene Recht im Geiste der n.s. Weltanschauung auszulegen habe. Diese Forderung wurde in dem Steueranpassungsgesetz vom 16. Oktober 1934 (RGBl. I S. 925) ausdrücklich dahin gefaßt: „Die Gesetze sind nach der n.s. Weltanschauung auszulegen"[21]). Ferner wird das RG. durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 verpflichtet, bei der Auslegung der Gesetze dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Weltanschauung Rechnung zu tragen[22]). Welche der drei Ansichten sich durchsetzen wird, kann heute noch nicht abschließend gesagt werden. Kurz

[20]) OLG. Königsberg in DJZ. 1934/348.

[21]) Vgl. hierzu auch die bekannte Entscheidung des Sächs. OVG. v. 18. I. 1935, RVerw. Bl. 1935/117.

[22]) Art. 2 des Ges. zur Aenderung von Vorschriften des Strafverfahrens u. des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844).

nach der n.s. Revolution wurde die Frage, ob der Richter gegen das vornationalsozialistische Gesetz entscheiden darf, in zahlreichen Entscheidungen schlechthin bejaht. Demgegenüber mehrten sich sehr bald die Stimmen, unter denen sich auch das RG. befand, — die ein derartiges Prüfungsrecht des Richters ebenso entschieden ablehnten. Diese Ansicht schien sogar mehr und mehr die herrschende zu werden. Gerade die höchsten deutschen Gerichte wandten sich ihr in steigendem Grade zu. Die oben genannten Entscheidungen sind hierfür ein deutlicher Beleg. Diese Entwicklung hat nun durch eine Entscheidung des RG.[23]) eine Unterbrechung erfahren. Der betr. Senat stellt die Frage, „ob das geltende Gesetzesrecht, wonach nach Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist das Kind schlechthin als ehelich (§ 1594 I und II BGB.), auch wenn der Nachweis möglich oder erbracht ist und alle Beteiligten darüber einig sind, daß die Frau das Kind unmöglich von dem Mann empfangen haben kann, nicht überhaupt mit dem n.s. Gedankengut derart unvereinbar ist, daß diese bestehende Gesetzesregelung vom Gericht als unanwendbar betrachtet werden muß". Anschließend begründet der Senat in eingehenden Ausführungen seine Ansicht, daß die Regelung des vor-n.s. Gesetzes dem n.s. Rechtsdenken nicht in dem Maße zuwiderlaufe, daß sie als ohne weiteres außer Kraft gesetzt behandelt werden könne. Damit hat aber der Senat die frühere Stellungnahme des RG. klar und eindeutig aufgegeben. Denn in der genannten Entscheidung wird stillschweigend dem Richter das Recht zugebilligt, das Gesetz des früheren Staates auf seine Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Zu beachten ist jedoch, daß diese Entscheidung des RG. nicht in dieselbe Linie mit den Entscheidungen gestellt werden darf, die das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den vor-n.s. Rechtsnormen schlechthin bejahen. Das RG. stellt zwar keine näheren Erörterungen an, inwieweit der Richter befugt ist, gegen das vor-n.s. Gesetz zu entscheiden. Trotzdem kann mit Sicherheit gesagt werden, daß das RG. dem Richter ein solches Recht nur in besonders krassen Fällen

[23]) RGZ. in JW. 1937/154 f. bes. S. 155, Urt. d. IV. ZS. v. 23. 11. 1936.

zubilligen will. Für diese Annahme sprechen zwei Erwägungen. Einmal hält das RG. auch heute noch grundsätzlich an der strengen Bindung des Richters an das vor-n.s. Gesetz fest. Zum anderen nimmt es eine besonders sorgfältige Abwägung der sich im gegebenen Falle gegenüberstehenden Interessen vor. Obwohl es dabei feststellen muß, daß die Regelung des alten Gesetzes den Anforderungen der heutigen Zeit nicht mehr in vollem Umfang genügt, spricht es sich doch für die Weitergeltung der betr. Gesetzesbestimmung aus. Es mag nun zweifelhaft erscheinen, ob aus dieser Entscheidung allein schon der Schluß gezogen werden darf, in der Rechtsprechung des RG. sei in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates eine grundlegende Wendung eingetreten. Eine solche Annahme wäre beim heutigen Stand des Problems zum mindesten noch verfrüht. Es bleibt daher abzuwarten, welche Stellung die anderen Senate des RG. in dieser Frage beziehen werden. Eines kann jedoch schon heute gesagt werden, es ist wenig wahrscheinlich, daß das RG. in Zukunft das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den vor-n.s. Rechtsnormen schlechthin verneinen wird[24]). Hinzu kommt, daß auch von anderen Gerichten[25]) das richterliche Prüfungsrecht in krassen Fällen stillschweigend als berechtigt anerkannt wird. Das läßt darauf schließen, daß die Rechtsprechung dahin gelangen wird, dem Richter das Recht zuzubilligen, gegen das vor-n.s. Gesetz zu entscheiden, sofern die Anwendung desselben mit der n.s. Weltanschauung in krassem Widerspruch steht.

Es wäre durchaus erwünscht, wenn die Rechtsprechung in Bälde zu einer einheitlichen Beantwortung der hier behandelten Frage gelangen würde. Dies wäre schon im Hinblick auf die gefährdete Rechtssicherheit zu begrüßen. Wohin eine derart uneinheitliche Rechtsprechung führen kann,

[24]) Vgl. auch die Stellungnahme des RG. zu der Frage der Weitergeltung der Weimarer Verf.; Urt. d. 1. St. S. des RG. v. 24. Sept. 1935, RGSt. 69/341 f..; Urt. d. 1. ZS. des RG. v. 6. 11. 1935, RGZ. 149/167 f..

[25]) Beschluß des OLG. Naumburg v. 3. 7. 1936, JW. 1936/2819; Beschluß des OLG. Hamburg v. 22. V. 1936/3063 f..

wird von Ule[26]) durch die Mitteilung eines Beispiels veranschaulicht. Darnach hatten sich im Gebiet der Provinz Schleswig-Holstein zahlreiche Gerichte mit der Frage zu befassen, ob ein im Gebiet der evang.-luth. Landeskirche der Provinz Schleswig-Holstein bestehendes dingliches Kirchensteuerrecht heute noch zu Recht besteht. In dem Bezirk eines Landgerichts wurde die richterliche Prüfungszuständigkeit von einem Teil der Amtsgerichte in vollem Umfange bejaht, von dem anderen Teil mit Entschiedenheit verneint[27]). Da es sich großenteils um niedere Streitwerte handelte, konnten zahlreiche Entscheidungen nicht in die Berufungsinstanz gebracht werden. In dem einen und demselben Landgerichtsbezirk ergingen demnach zahlreiche rechtskräftige Urteile, die beim gleichen Sachverhalt zu entgegengestzten Ergebnissen gelangten. Das von Ule angeführte Beispiel zeigt die praktische Bedeutsamkeit des hier behandelten Problems. Ein zweites Beispiel vermag diese noch eindringlicher zu veranschaulichen.

Seit geraumer Zeit herrscht in der Rechtsprechung und im Schrifttum ein heftiger Streit über folgende Fragen: 1.) Sind die §§ 1593 f. BGB. mit dem n.s. Gedankengut vereinbar? Gilt insbesondere noch die Fristbestimmung des § 1594 I BGB., wonach die Ehelichkeit eines Kindes nur binnen Jahresfrist angefochten werden kann? 2.) Ist die Bestimmung des § 644 ZPO. auch heute noch anwendbar? Insbesondere die zuerst gestellte Frage wird in der Rechtsprechung entgegengesetzt beantwortet. Mehrere Entscheidungen bejahen die Weitergeltung des § 1594 I BGB. mit dem Hinweis, der Richter dürfe nicht gegen das Gesetz entscheiden. Dieser Satz wird mitunter auch stillschweigend der Entscheidung zu Grunde gelegt. So erklärt der IV. Z.S. des RG. in der Entscheidung vom 1. August 1935[28]), die

[26]) Ule, „Dingliche Kirchensteuern für Andersgläubige. Ein Beitrag zum Problem der Anwendung überkommenen Rechts", RVerw. Bl. 1936 Bd. 57/241 f. bes. 243/244; vgl. auch Scholz, „Dingliche Kirchensteuern für Andersgläubige" RVerw. Bl. 1936/909 f..

[27]) Ule a.a.O., S. 243, Anmerkung 14 mit zahlreichem Entscheidungsmaterial.

[28]) RGZ. in JW. 1935/2716 = DJ. 1935/1340; vgl. auch die zustimmende Anm. von Maßfeller in DJ. 1935/1341.

Frist des § 1594 I BGB. werde nicht dadurch gehemmt, daß der Anfechtende erst nach Ablauf eines Jahres seit der Geburt des betr. Kindes in den Besitz geeigneter Beweismittel gelange. Denn das Gesetz stelle für den Beginn der Frist auf den Zeitpunkt der Geburt ab. Würde man die Anfechtung auch noch in einem späteren Zeitpunkt, also nach Ablauf der Jahresfrist zulassen, so würde dies einen Verstoß gegen das Gesetz bedeuten. Das OLG. Jena meint in dem Urteil vom 14. 12. 1934[29]), die Vorschrift des § 1594 BGB. sei keiner Auslegung auf Grund neuerer Auffassung fähig. Sie sei aber mit n.s. Rechtsempfinden vereinbar. Auch diese Entscheidung geht von der strengen Bindung des Richters an das alte Gesetz aus. Andere Entscheidungen bejahen die Weitergeltung der §§ 1593 f. BGB., weil diese Bestimmungen der n.s. Weltanschauung nicht in so erheblichem Maße zuwiderliefen, daß ihre Außerkraftsetzung durch die n.s. Weltanschauung angenommen werden müsse. Dieser Standpunkt wird von der schon genannten Entscheidung des OLG. Düsseldorf[30]) eingenommen. Auch das OLG. Hamburg[31]) vertritt offenbar diese Ansicht. Es äußert sich in seinem Beschluß vom 22. 5. 1936 dahin: „Es wird sorgfältiger Prüfung bedürfen, inwieweit die rechtliche Gestaltung, welche das BGB. der Verwirklichung dieser Ziele gegeben hat, gegenüber den blutsmäßigen und namentlich den rassepolitischen Forderungen des Dritten Reiches weichen muß, und man wird unterstellen dürfen, daß die gegenwärtige Grenzziehung einer Berichtigung bedarf. Darüber aber kann kein Zweifel bestehen, daß die vorgeschlagene Zulassung gerichtlicher Nachprüfung der Abstammung entgegen der Bestimmung des § 1593 BGB. über den Rahmen verfahrensrechtlicher Erwägungen hinausgehen und einen Einbruch von großer Tragweite in das materielle Familienrecht des BGB. bedeuten würde. Ob man die Entscheidung über einen solchen Eingriff nicht grundsätzlich in diesen Fällen dem Gesetzgeber vorbehalten muß, mag zweifelhaft sein. Unzweideutig stellt sich das OLG. Naumburg[32]) auf diesen Stand-

[29]) OLG. Jena in Sächs. Archiv 35/118.
[30]) OLG. Düsseldorf in DRZ. 1935, Rspr. Nr. 324 S. 327.
[31]) OLG. Hamburg in JW. 1936/3063 f..
[32]) OLG. Naumburg in JW. 1936/2819, Beschluß vom 3. Juli 1936.

punkt, wenn es sagt: „Daß dieser nach dem BGB. herrschende Rechtszustand bzgl. der Ehelichkeit eines Kindes mit der n.s. Anschauung über die Bedeutung von Rasse und blutsmäßiger Abstammung eines Menschen in gewissem Widerspruch steht, läßt sich nicht leugnen .... Bei der ehelichen und bei der blutsmäßigen Abstammung handelt es sich um begrifflich und grundsätzlich verschiedene Fragen. Ihre einheitliche Beantwortung ist zwar wünschenswert, bei ihrer zur Zeit uneinheitlichen Regelung ist aber der Widerspruch nicht so stark und unerträglich, daß die für die Anfechtung der Ehelichkeit nun einmal bestehenden Vorschriften des BGB. und der ZPO. als durch das n.s. Gedankengut ohne Gesetzesänderung außer Kraft gesetzt angesehen werden könnte ....“ Das Gleiche gilt für die Entscheidung des IV. Z.S. vom 23. 11. 1936[33]) Demgegenüber erklärt das OLG. Frankfurt in seiner Entscheidung vom 10. Sept. 1936[34]), die Bestimmung des § 1594 BGB. sei mit der n.s. Weltanschauung unvereinbar und daher unanwendbar. Es führt hierzu aus: „Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten schuldhaft die in § 1594 BGB. vorgesehene Anfechtungsfrist von einem Jahr verstreichen lassen. Trotz Verneinens des Vorliegens von höherer Gewalt ist die Klage aus einem anderen Gesichtspunkt als begründet anzusehen. Die Vorschrift des § 1594 BGB. findet sich im BGB. von 1900, also in einem Gesetz, das vor der n.s. Revolution erlassen worden ist. § 1594 BGB. ist bis jetzt noch nicht formell ausser Kraft gesetzt worden. Trotzdem muß vor Anwendung dieser Vorschrift — wie bei jeder anderen der vor 1933 erlassenen —, da es sich um „altes“ Recht handelt, die Frage erörtert werden, ob die Vorschrift mit der n.s. Weltanschauung, die die Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen bildet, vereinbar ist, zumal es für den heutigen Gesetzgeber nahezu undurchführbar ist, jede einzelne Norm, die n.s. Rechtsempfinden widerspricht, aufzuheben. Ein solches Verlangen nach einer autoritativen Willensäußerung des Führers würde ein verhängnisvolles Zurückfallen in die überwundene Zeit des Rechtspositivismus bedeuten. Abgesehen hiervon habe aber auch der Gesetzgeber durch die

[33]) RGZ. in JW. 1937/154 f., Urt. des IV. ZS. v. 23. 11. 1936.
[34]) OLG. Frankfurt in JW. 1936/3482.

Einführung des „gesunden Volksempfindens“ im neuen § 2 St.GB. diesen allgemeinen, auch auf dem Gebiet des Zivilrechts anzuwendenden Rechtsgedanken positivrechtlich verankert.“

Die zweite Frage, ob die Bestimmung des § 644 ZPO. heute noch anwendbar sei, wird von der Rechtsprechung im wesentlichen einheitlich bejahend beantwortet. Die Entscheidungen, die sich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 644 ZPO. näher befaßt haben, betonen dabei die strenge Bindung des Richters an das Gesetz. Das LG. Oels bringt dies in seinem Beschluß vom 30. 4. 1935[35]) wie folgt zum Ausdruck: „Man kann dem nicht entgegenhalten, daß man entweder die §§ 640—643 ZPO. entsprechend anwenden oder von den Regeln des gewöhnlichen Zivilprozesses nur die für dieses Rechtsgebiet brauchbaren anwenden solle. Dies wäre ein offensichtlicher Verstoß gegen die bestehenden Gesetze und würde nichts anderes bedeuten, als daß unbefugt dem Gesetzgeber vorgegriffen würde.“ Das OLG. München meint in dem Beschluß vom 23. 12. 1936[36]): „Gerade der n.s. Staat betont die Stärkung und Einheitlichkeit der Staatsgewalt sowie die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Diesen Grundsätzen würde es widersprechen, die Fortgeltung einer so wichtigen und einschneidenden verfahrensrechtlichen Vorschrift zu bezweifeln und dadurch die Gefahr widersprechender Entscheidungen und unerträglicher Rechtsunsicherheit heraufzubeschwören ....“ Im Schrifttum wird dagegen die Weitergeltung des § 644 ZPO. besonders von Vollhardt[37]) mit Entschiedenheit verneint. Von zahlreichen Schriftstellern[38]), die nicht so weit gehen wollen, wird die Notwendigkeit einer Neuregelung der betr. Gesetzesregelung hervorgehoben. Der Meinungsstreit über die beiden oben genannten Fragen, der mit besonderer Heftigkeit geführt wird,

[35]) LG. Oels in JW. 1935/3126.

[36]) OLG. München in der Zeitschrift Akademie für Deutsches Recht 1937/217.

[37]) Vollhardt: „Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar?“ in JW. 1935/2475.

[38]) So z. B.: Bastian, „Die Anfechtung der Ehelichkeit“ in JW. 1935/2684; von Scheuerl, „Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tod des Erzeugers“, in JW. 1935/260 f. u. in JW. 1936/235 f..

hat jedenfalls das eine gezeigt, daß trotz der fortschreitenden Gesetzgebung des neuen Staates auch heute noch Fälle denkbar sind, die die hier behandelte Frage in den Mittelpunkt des Interesses rücken. Angesichts der Bedeutsamkeit der Frage nach der Weitergeltung des § 1594 BGB. mußte jetzt auch das RG. stillschweigend zugeben, daß es Fälle geben kann, in denen das Gesetz des alten Staates durch die entgegenstehende n.s. Weltanschauung ohne weiteres außer Kraft gesetzt wird[39]). Trotzdem wird die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den vor-n.s. Rechtsnormen noch geraume Zeit einen Streitgegenstand der Rechtsprechung und des Schrifttums bilden[40]). Diesem Streit könnte allein durch eine gesetzliche Regelung der Boden entzogen werden.

[39]) Vgl. RGZ. in JW. 1937/155, Urt. d. IV. ZS. v. 23. 11. 1936.

[40]) Die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates spielt — wie ja im Text schon hervorgehoben wurde — bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 1594 BGB. u. des § 644 ZPO. eine bedeutsame Rolle. Zahlreiche Schriftsteller haben sich mit der Regelung de lege lata befaßt. Ein Teil hält die Neuregelung der in den genannten §§ enthaltenen Probleme für notwendig. So der schon erwähnte v. Scheuerl, JW. 1935/260 f, der die Weitergeltung des § 644 ZPO. ausdrücklich bejaht, obwohl dieses Verfahren mit dem n. s. Gedankengut unvereinbar sei; vgl. auch v. Sch. in JW. 1936/235 f.; das Gleiche gilt für Henneberg in JW. 1935/1834; Bastian fordert die Aenderung der Bestimmungen des BGB., die die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes betreffen: „Die Anfechtung der Ehelichkeit" in JW. 1935/2684; auch Fischer in JW. 1936/237 tritt für eine Gesetzesänderung ein; vgl. hierzu auch Pyrkosch in DR. 1934-161 u. Bung in DR. 1935/46. Ein anderer Teil der Schriftsteller meint, die Bestimmungen der §§ 1594 BGB., u. 644 ZPO. seien ganz oder wenigstens teilweise im heutigen Staate unanwendbar. Vollhardt (Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar?" in JW., 1935/2475) sagt hierzu: „Der Sieg der n. s. Weltanschauung hat eine so grundlegend veränderte Rechtslage geschaffen, daß dadurch § 644 ZPO. ohne Gesetzgebungsakt außer Kraft gesetzt wurde. Trinius (DR. 1936/99 f.: „Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach Ablauf der Anfechtungsfrist") ist der Ansicht, daß die Anfechtungsfrist des § 1594 I BGB. heute nicht mehr anwendbar sei. Dasselbe wurde schon von Schmidt-Klevenow (Zur Frage der Feststellung der Unehelichkeit u. Abstammung eines Kindes, in JW. 1936/16 f.) jedoch mit gewissen Einschränkungen vertreten. Zu einem ähnlichen Ergebnis wie Schmidt-Klevenow gelangt auch Meinhof in seiner Anm. zu dem Urt. des OLG. Frankfurt v. 10. Sept. 1936 in JW. 1936 S. 3482 f. Vgl. auch Meinhof in JW. 1935 S. 2114 u. 3079 f. Endlich sind noch folgende Schriftsteller zu nennen: Roquette in JW. 1935/125 f. u. 2476 f. u. 3127 f., sowie JW 1937/155; Bechert in DR. 1935/98; Liebnitz in DJ. 1935 S. 1522.

Es könnte endlich noch die Frage aufgeworfen werden, ob das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes in gleicher Weise gegenüber sämtlichen Rechtsnormen des alten Staates besteht. Die bislang genannten Entscheidungen hatten sich durchweg mit vor-n.s. Gesetzen zu befassen. Die Frage ist jedoch zu bejahen. Das von Ule im RVerw.Bl. mitgeteilte Beispiel ist hierfür ein trefflicher Beleg. Dort dreht sich der Streit um die Frage, ob landesrechtliches Gewohnheitsrecht mit der n.s. Weltanschauung vereinbar ist. Diese Frage wird aber von den Gerichten in gleicher Weise behandelt und beantwortet wie die Frage, ob Gesetze des alten Staates mit der n.s. Rechts- und Weltanschauung vereinbar sind. Die eingangs gekennzeichnete Fragestellung ist deshalb dahin zu erweitern: „Darf der Richter gegen den erklärten und in Rechtsnormen des alten Staates deutlich zum Ausdruck gelangten Willen der rechtsschöpfenden Stellen entscheiden, wenn dieser Wille mit der n.s. Weltanschauung in unlöslichem Widerspruch steht?" In diesem Zusammenhang sind neben dem von Ule mitgeteilten Beispiel noch zwei weitere Entscheidungen zu nennen. In beiden Entscheidungen wird u. a die Frage berührt, ob die auf Art.. 48 WRV. beruhenden Ausnahmeverordnungen des Weimarer Staates vom Richter auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung geprüft werden dürfen. Der I. St.S. des KG. beantwortet diese Frage mit folgenden Worten[41]): „Es handelt sich hier, wie vorweg ausdrücklich bemerkt werden muß, nicht um die Prüfung der Frage, ob etwa solche Rechtsnormen, deren Inhalt zu den wesentlichen Grundsätzen des n.s. Gedankengutes in einem unlösbaren Widerspruch steht, durch die Neuordnung des Staatswesens bereits von Rechts wegen beseitigt worden sind, so daß es einer besonderen Aufhebung durch den Gesetzgeber nicht mehr bedarf. Denn Vorschriften von einer so grundsätzlichen Tragweite kommen in diesem Fall nicht in Betracht". Das KG. anerkennt demnach Rechtsnormen, die stärker sind als das geschriebene Recht[42]). Der Richter darf nach der Ansicht des I. St.S. des KG. solchen Rechtsnormen des Weimarer Staates, die den wesentlichen Grund-

[41]) KG. in DJ. 1934/193.
[42]) Bull, Arch. ziv. Prax. Bd. 139/341.

sätzen des neuen Staates zuwiderlaufen, die Anwendung versagen. Es soll aber nochmals betont werden, daß es sich bei den wesentlichen Grundsätzen, die hier gemeint sind, nicht um geschriebenes Recht handelt. Denn darüber besteht kein Streit, daß der Richter an Rechtsnormen nicht gebunden ist, die mit späteren gleichrangigen nicht vereinbar sind. Die Frage ist also die, ob der Richter der Ausnahmeverordnung die Anwendung versagen darf, weil sie mit den noch nicht in Gesetzesform gekleideten wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung in Widerspruch steht[43]). Diese Frage wird vom I. St.S. des KG. stillschweigend bejaht. Zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangt der III. Z.S. des OLG. Breslau in seinem Urteil vom 20. Juli 1934[44]). Er verneint das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung schlechthin. Dem Urteil des OLG. Breslau lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Beklagten erschien der Zinssatz einer Aufwertungshypothek in Höhe von 6 % untragbar. Sie verlangte deshalb, daß den Klägern die Zwangsvollstreckung in ihre belasteten Grundstücke wegen der eingeklagten Restzinsforderung versagt werde. Den Klägern stand dieser Zinsanspruch auf Grund des § 1 des Gesetzes über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken vom 18. 7. 1930 (RGBl. I S. 300) und der VO. d. RPräs. vom 8. 12. 1931 Teil I, Kap. III, § 3 (RGBl. I S. 699 f.) zu. Das OLG. Breslau wies das Vorbringen der Beklagten zurück und führte dazu aus: „Nach § 1 GVG., der auch heute noch gilt, ist der Richter dem Gesetz unterworfen. Solange das Gesetz nicht geändert ist, hat er es anzuwenden, selbst wenn es dem neuen Rechtsempfinden nicht entspricht. Die Regierung hat sich auch seit Jahren mit dem Problem der Zinssenkung beschäftigt . . . .". Die beiden genannten Entscheidungen, sowie das von Ule mitgeteilte Beispiel zeigen deutlich genug, daß der Meinungsstreit in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes sich in gleicher Weise wie bei den Gesetzen auf sämtliche vor-n.s.

[43]) Bull, a. a. O. weist darauf hin, daß im Schrifttum u. der Rspr. häufig nicht scharf unterschieden wird.
[44]) OLG. Breslau in DRZ. 1934 Rspr. Nr. 645.

Rechtsnormen erstreckt. Es ist also gleichgültig, ob sich der Streit im Einzelfall um Reichsgesetze, Reichsverordnungen, Landesgesetze, Landesverordnungen, Gewohnheitsrecht oder sonstige Rechtsnormen des vergangenen Staates dreht. Das Problem ist stets dasselbe: „Darf der Richter die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung prüfen". Auch die Beantwortung, die das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes in der Rechtsprechung findet, ist stets dieselbe. Ein Teil der Gerichte bejaht, ein anderer Teil verneint eine derartige Prüfungszuständigkeit des Richters, während ein weiterer Teil das Prüfungsrecht des Richters auf Fälle beschränkt, in denen die vor-n.s. Rechtsnorm in besonders krassem Widerspruch zu der n.s. Weltanschauung steht.

§ 15. Die Rechtsprechung zur Frage der Weitergeltung der Weimarer Reichsverfassung.

Die Rechtsprechung zahlreicher Gerichte stellte sich nach der n.s. Revolution zunächst auf den Standpunkt, die Weimarer Verfassung gelte noch insoweit, als sie nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt sei[1]). Besonders deutlich kommt dies in dem Urteil des RGSt. vom 23. I. 1934[2]) zum Ausdruck. Es heißt dort: „Die Bestimmung des Art. 137 II WRV., die die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften gewährleistet, ist von dem RPräs. nicht außer Kraft gesetzt worden und gehört auch überhaupt nicht zu den Bestimmungen, zu deren Außerkraftsetzung der Art. 48 II WRV. den RPräs. ermächtigte". Diese Entscheidung geht also offensichtlich von der grundsätzlichen Weitergeltung der WRV. aus.

In der Entscheidung des I. St.S. des RG. vom 24. September 1935[3]) kündigt sich sodann ein Wandel in der

[1]) RGZ. 140/423 f., Urt. v. 21. 6. 1933 (V. ZS.); 141/342, Urt. d. III. ZS. v. 11. 7. 1933; 143/106 f., Urt. d. 6. ZS. v. 4. I. 1934; 145-373; RG. in JW. 1934/2070, Urt. d. III. ZS. v. 14. 6. 1934; Sond.-Gericht Darmstadt in JW. 1934/1744; Sond.-Gericht Breslau in DRZ. 1935 Nr. 432 Sp. 440 f., Urt. v. 27. IV. 1935; Bay. OBLG. in Deutsches Strafrecht 1934/263 u. in DJZ. 1934/416, Urt. v. 7. 12. 1933.

[2]) RGSt. in JW. 1934/767.

[3]) RGSt. 69/341 f. bes. 345.

Auffassung des RG. wenigstens bezüglich der Grundrechtsbestimmungen der WRV. an. Der I. St.S. wirft in dieser Entscheidung die Frage auf, ob die Grundrechtsbestimmungen der WRV. im n.s. Staat überhaupt noch in Geltung seien. Der Streit dreht sich um die in anderem Zusammenhang schon erwähnte Anordnung des bad. M. d. Inneren vom 15. V. 1933, wonach die „Internationale Vereinigung Ernster Bibelforscher" mit sofortiger Wirkung für das Land Baden verboten wurde. Der I. St.S. erwägt nun in seinem Urteil, ob der Wirksamkeit dieser polizeilichen Maßnahme nicht der Art. 137 WRV. entgegenstehe, den ja die VO. d. RPräs. vom 28. II. 1933 nicht außer Kraft gesetzt habe. Er verneint dies, wobei er u. a. ausführt: „Dabei kommt in Frage, ob die Grundrechte der WRV. und im besonderen der Art. 137 heute, im n.s. Staat, überhaupt noch in Geltung sind. Das angefochtene Urteil will den Art. 137 offenbar grundsätzlich als noch in Geltung befindlich ansehen, und für diese Beurteilung würden wenigstens für die Zeit, als die VO. des RPräs. erging, der Umstand sprechen, daß in § 1 eine Anzahl von Grundrechten „bis auf weiteres außer Kraft gesetzt" worden ist, also nur einzelne genau bezeichnete, und auch diese nicht endgültig, sondern unter der Andeutung, daß sie nach Ablauf der Notzeit wieder in Kraft treten würden. Für Art. 137 im besonderen ist zu berücksichtigen, daß Punkt 24 des Programmes der NSDAP. gerade die Freiheit aller religiösen Bekenntnisse im Staate verlangt. Indessen bedarf auch die eben erörterte Frage hier keiner grundsätzlichen und abschließenden Entscheidung, denn . . . .". Der I. St.S. des RG. vermeidet demnach eine eindeutige und klare Beantwortung der Frage, ob die Grundrechte der WRV. auch heute noch in Kraft seien. Er begnügt sich mit der Erwähnung des Zweifels, der hinsichtlich der Weitergeltung der Grundrechtsbestimmungen der WRV. vielfach geäußert wird. Trotzdem ist die Art und Weise der Erwähnung dieses Zweifels ein Fingerzeig dafür, daß das RG. in seinem bis dahin vertretenen Standpunkt schwankend geworden ist. Das RG. geht nicht mehr, wie es das zuvor stets tat, von der grundsätzlichen Weitergeltung der WRV. aus, sondern

es stellt an die Spitze seiner Ausführungen den Zweifel an der Weitergeltung der Grundrechte der WRV. Auf die Anführung von Beweisgründen, die gegen eine Aufhebung der Grundrechte sprechen würden, wird nahezu völlig verzichtet. Der Hinweis auf Punkt 24 des Parteiprogrammes soll aber offenbar nur besagen, daß, wenn auch die Grundrechtsbestimmungen der WRV. grundsätzlich aufgehoben und außer Kraft getreten sein sollten, doch Art. 137 WRV. zum mindesten als einfache Gesetzesbestimmung weitergelte. Der I. Str.S. vermeidet zwar bewußt die Beantwortung der von ihm aufgeworfenen Frage nach der Geltung der Grundrechte der WRV.. Trotzdem erscheint nach dem Ausgeführten der Schluß nicht unberechtigt, daß das RG. in dieser Entscheidung seine bisherige Stellungnahme in Zweifel gezogen, wenn nicht gar aufgegeben hat[4]).

Sicherlich bedeutet aber das Urteil des I. Z.S. des RG. vom 6. November 1935[5]) eine klare Abwendung von der Ansicht, die WRV. gelte insoweit weiter, als sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch entgegenstehende jüngere Gesetze aufgehoben sei. In dieser Entscheidung wird ausgeführt: „Die Haftung des Reichs für Amtspflichtsverletzungen von Beamten bestimmt sich nach der — als Rechtsnorm des bürgerlichen Rechts noch geltenden — Bestimmung des Art. 131 WRV. in Verbindung mit den ihr nicht widersprechenden Teilen des Reichshaftungsgesetzes vom 22. 5. 1910 und mit § 839 BGB.". Mit diesen Ausführungen hat der I. Z.S. des RG. stillschweigend zum Ausdruck gebracht, daß nach seiner Ansicht die Grundrechtsbestimmungen der WRV. grundsätzlich nicht mehr als Verfassungsbestimmungen gelten. Sie können aber, so meint der Senat, als Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts auch weiterhin in Kraft sein, soferne sie sich mit der n.s. Weltanschauung in Einklang befinden. Das RG. hat also in diesem Urteil eindeutig den Standpunkt aufgegeben, wonach die Grundrechtsbestimmungen der WRV. vom n.s. Gesetzgeber insoweit übernommen worden seien, als sie nicht

[4]) RGZ. in JW. 1935/3379, Urt. d. IV. St.S. v. 4. 10, 1935 nimmt auf das Urt. des I. St.S. v. 24. Sept. 1935 Bezug.
[5]) RGZ. 149/167 f.

ausdrücklich aufgehoben wurden. Setzt man nun die Stellungnahme des 1. Z.S. des RG. in der Frage der Weitergeltung der Grundrechtsbestimmungen der WRV. zum Problem des richterlichen Prüfungsrechtes in Beziehung, so zeigt es sich, daß die veränderte Stellungnahme in der einen Frage zwangsläufig auch eine Aenderung der Beantwortung der anderen Frage mit sich bringen muß. Denn gelten die Grundrechtsbestimmungen der WRV. nicht mehr als Verfassungsbestimmungen, ohne daß es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Aufhebung durch jüngere Verfassungsgesetze bedürfte, so können sie nur durch die n.s. Weltanschauung überwunden worden sein. Darin liegt die Anerkennung von Rechtsnormen, die stärker sind als das geschriebene Recht. Gleichzeitig wird aber auch der Richter für zuständig erklärt, im Einzelfall nachzuprüfen, inwieweit eine im zweiten Hauptteil der WRV. enthaltenen Bestimmung als einfache Norm des bürgerlichen Rechts weitergilt. Denn die Grundrechtsbestimmungen sollen insoweit als einfache Normen des bürgerlichen Rechts weitergelten, als sie nicht mit der n.s. Weltanschauung in Widerspruch stehen.

Zusammenfassend läßt sich nun sagen, daß der I. Z.S. des RG. und vermutlich auch der I. St.S. des RG. in den erwähnten Urteilen die Ansicht vertreten, daß die Grundrechtsbestimmungen der WRV. nicht mehr als Verfassungsbestimmungen gelten. Soferne diese Bestimmungen nicht mit der n.s. Weltanschauung in Widerspruch stehen, gelten sie als einfache Normen des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts weiter. Eine erhöhte Geltungskraft, ein höherer Rang gegenüber den sonstigen Rechtsnormen des Reichsgesetzgebers kommt ihnen also keinesfalls mehr zu. Der Richter hat die Pflicht, im Einzelfall zu prüfen, ob eine ehemalige Grundrechtsbestimmung mit dem heutigen Rechtsdenken in Einklang steht und somit als Norm des bürgerlichen Rechts weitergilt. Das RG. hat demnach eine Zeitlang in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates, — soweit ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung in Frage

stand —, einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Grundrechtsbestimmungen der WRV. und den sonstigen Rechtsnormen des alten Staates gemacht. Während nämlich das RG. dem Richter die Befugnis absprach, die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung zu untersuchen, hielt zum mindesten der I. Z.S. des RG. den Richter für zuständig, die Uebereinstimmung der ehemaligen Grundrechtsbestimmungen mit der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Seit der Entscheidung des IV. Z.S. des RG. vom 23. 11. 1936[6]) dürfte diese Unterscheidung zwischen Grundrechtsbestimmungen der WRV. und sonstigen Rechtsnormen des Weimarer Staates aufgegeben sein. Gleichzeitig spricht diese Entscheidung dafür, daß das RG. auch künftig die neue Stellungnahme beibehalten wird. Ob allerdings das RG. die Ansicht des I. Z.S. zur ständigen Rechtsprechung entwikkelt, werden erst weitere Urteile zeigen müssen. Aus den genannten Entscheidungen des I. St. S., des I. und IV. Z.S. des RG. allein läßt sich noch nicht entnehmen, daß das RG. seine frühere Haltung in der Frage der Weitergeltung der WRV. endgültig aufgegeben hat.

War der I. ZS. des RG. in seinem Urteil vom 6. 11. 1935 immer noch äußerst zurückhaltend, so brachte das Sondergericht Halle in seinem Urteil vom 29. 1. 1935[7]) seine Bedenken gegen die Weitergeltung der Grundrechtsbestimmungen schon erheblich deutlicher zum Ausdruck. Es äusserte sich dahin: „Wenn aber Art. 137 WRV. überhaupt noch Gültigkeit hat, so gilt er jedenfalls nur noch mit dieser Einschränkung, die sich aus den zwingenden Grundsätzen der n.s. Weltanschauung und aus der gesamten bisherigen Gesetzgebung nach der n.s. Revolution ergibt.“ Klar und offen spricht sich das hanseatische Sonder-Gericht in seinem Urteil vom 15. 3. 1935[8]) gegen die Weitergeltung der Weimarer Verfassung aus. Es heißt dort: „Die Grundlagen des

[6]) RGZ. in JW. 1937/154 f.

[7]) Sondergericht Halle in DRZ. 1935 Rspr. Nr. 312, Sp. 313/314-JW. 1935/3377.

[8]) Sondergericht Hamburg in JW. 1935/2988 u. Deutsche Rechtspflege 1936/169. RVerw.Bl. 1935/700.

geltenden Verfassungsrechtes finden sich außer in der Gesetzgebung des Dritten Reiches vor allem im Programm der NSDAP., dessen 25 Punkte Bestandteil des jetzigen Verfassungslebens geworden sind. Der Grundsatz, daß die Vereinigung zu Religionsgesellschaften keinen Beschränkungen unterliegt, ist aus der WRV. nicht als reiner Rechtssatz übernommen worden, sondern im Sinn des Punkt 24 des Parteiprogrammes. Nach der n.s. Auffassung ist an und für sich den religiösen Bekenntnissen die freie Ausübung zugesichert, aber mit der Einschränkung des Punktes 24." Das Urteil des Sondergerichts Schwerin vom 13. 5. 1935[9]) schließt sich dem Urteil des hanseatischen Sondergerichts vollinhaltlich an[10]). Es sagt dort: „Trotzdem steht dem Verbot (der JVEB.) nach der Ansicht des Sondergerichts der Art. 137 WRV. nicht entgegen. Das hanseatische Sondergericht hat in dem Urteil vom 15. 3. 1935 mit ausführlicher und durchaus überzeugender Begründung dargelegt, daß die WRV. als solche nicht mehr existiert, daß die in ihr enthaltenen Rechtsnormen auch als einfache Rechtssätze über den Zeitpunkt der Errichtung des Dritten Reiches hinaus jedenfalls insoweit nicht von Bestand sind, soweit sie der n.s. Staatsauffassung unvereinbar sind . . . ." Nach der Ansicht der beiden Sondergerichte ist demnach die WRV. als solche beseitigt. Einzelne ihrer Bestimmungen bestehen zwar noch als einfache Gesetzesbestimmungen weiter, jedoch nur soweit sie nicht mit der n.s. Weltanschauung in Widerspruch stehen. Aufgabe des Richters ist es darnach, im Einzelfall die Vereinbarkeit der ehemaligen Verfassungsbestimmungen mit der n.s. Weltanschauung festzustellen.

[9]) Sondergericht Schwerin in JW. 1935/2082 u. D.Rechtspflege 1936/168.

[10]) Demgegenüber lehnt das Sondergericht Breslau die Stellungnahme des Sondergerichts Hamburg ausdrücklich ab. Vgl. Sondergericht Breslau in DRZ. 1935 Sp. 440 f., Rspr. Nr. 432, Urt. v. 27. IV. 1935.

D. Das richterliche Prüfungsrecht im nationalsozialistischen Staat.

I. Das richterliche Prüfungrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Staates.

§ 16. Das materielle Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers.

1. Der Ausgangspunkt zur Lösung des Problems und die Lösung.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts in der Frage des materiellen Prüfungsrechts ist — wie wir gesehen haben — nicht ausdrücklich festgelegt. Sie konnte aber aus seiner Haltung in der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den vor-n.s. Rechtsnormen entnommen werden. Darnach lehnt das Reichsgericht eine materielle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers ab. Diese Lösung des Problems wird heute wohl allgemein als richtig anerkannt. Bezeichnend hierfür ist, daß sich das RG. seit der Machtergreifung am 30. 1. 1933 nur selten mit der Frage zu befassen hatte, ob ein vom n.s. Reichsgesetzgeber erlassenes Gesetz rechtsgültig sei. Die einzige Entscheidung, die überhaupt gefunden werden konnte, stammt überdies aus der ersten Zeit nach dem Umbruch. Demgegenüber nahm das Problem des materiellen Prüfungsrechtes im Weimarer Staat einen breiten Raum in der Rechtsprechung ein. Nahezu in jedem Bande der Entscheidungssammlungen jener Zeit finden sich zahlreiche Beispiele; ein Beleg für die Bedeutung, die dem Problem in der damaligen Zeit zukam.

Worin ist nun der eigentliche Grund für die entscheidende Wendung in der Beantwortung des Problems zu erblicken? In den Entscheidungen des RG.[1]) wird lediglich auf § 1 GVG. verwiesen; der Richter ist dem Gesetz unterworfen und hat es deshalb anzuwenden. Das Ergebnis ist zwar unzweifelhaft richtig; die Begründung besagt jedoch

[1]) Vgl. die Entscheidungen des RG. in RGZ. 144/306 f., 144 S. 106 = JW. 1934/2613 f., RGZ. 145/6 f.

für die Lösung des hier behandelten Problems nichts. Im Weimarer Staat zog ein Teil des Schrifttums aus derselben Bestimmung (§ 1 GVG.) sogar den entgegengesetzten Schluß; der Richter habe nur das gültige Gesetz anzuwenden, weshalb den Gerichten ein materielles Prüfungsrecht zustehen müsse.

Der wahre Grund für den grundlegenden Wandel in der Stellungnahme des Schrifttums und der Rechtsprechung[2]) zur Frage des materiellen Prüfungsrechtes des Richters ist allein in dem Geist der heutigen Zeit zu finden. Die n.s. Staatsauffassung ist der Staatsauffassung des Weimarer Staates aufs schärfste entgegengesetzt. War im Weimarer Staat das Individuum der Ausgangspunkt des staatsrechtlichen Denkens, so steht im Mittelpunkt der n.s. Weltanschauung die Gemeinschaft, das Volk[3]). Damit ist der tiefe, unüberbrückbare Gegensatz zwischen der heutigen und der vergangenen Zeit aufgezeigt. Der Schutz und die Förderung des Individuums stellen dem Staate andere Aufgaben als der Schutz und die Förderung des Volkes. Das Individuum forderte Freiheit und meinte Freiheit vom Staat und der Gemeinschaft. Die Folge war die Lockerung aller Bindungen, die Zerstörung des Staates und die drohende Gefahr der Anarchie. Auch das richterliche Prüfungsrecht diente dem Individuum als Hilfsmittel zur Abwehr etwaiger Uebergriffe des Staates. Die Förderung des Volkes setzt dagegen voraus, daß sich der Einzelne freiwillig den Belangen der Gesamtheit unterordnet. Auf der freiwilligen Unterordnung und Einordnung des Einzelnen beruht die Idee der Führung und Gefolgschaft; sie wurzelt im gegenseitigen Vertrauen von Führer und Gefolgschaft. Denn Vertrauen ist die Grundlage einer jeden wirklichen Gemeinschaft[4]). War der

[2]) Vgl. auch die Entscheidung des LG. Dresden v. 18. III. 1935 in JW. 1935/1949.

[3]) Goebbels, „Deutschland von innen gesehen". DJ. 1935-1239; Höhn, „Gemeinschaft als Rechtsprinzip", DR. 1934/301.

[4]) Stuckart, „Der n.s. Führerstaat im Verhältnis zur Demokratie, Diktatur u. Selbstverwaltung", DR. 1936/342 f.. S. 344: „Das Dritte Reich u. seine Staatsführung baut sich auf dem inneren Erlebnis der Volksgemeinschaft als der Einzel- u. Volksschicksal bestimmenden Bluts- u. Schicksalsgemeinschaft u. wird getragen von der freiwilligen Gefolgschaft u. der freien Anerkennung der Führung".

Weimarer Staat durch das Mißtrauen der Einzelnen gegenüber dem Staat gekennzeichnet, so ist Merkmal des n.s. Staates die Treue und das Vertrauen des Einzelnen zu Führer und Volksgemeinschaft[5]). Mit der Anerkennung der n.s. Weltanschauung hat nun das deutsche Volk die seinem Wesen entsprechende Haltung zu den Grundfragen seines politischen Daseins eingenommen[6]). Gleichzeitig hat es aber die Grundsätze des Weimarer Staates beseitigt[7]). Die Auffassung von Recht und Gesetz hat sich gewandelt. An die Stelle der Grundsätze des Weimarer Staates sind u. a. die Gedanken der Führung, der Autorität und der Totalität der n.s. Weltanschauung getreten. Diese Grundsätze des n.s. Staates und der grundlegende Wandel des Rechts- und Ge-

[5]) Vgl. hierzu: „Die Reden Hitlers als Kanzler" 1933/44; „Reden des Führers am Parteitag der Ehre 1936", München 1936/82 f.; Freisler, „Der Rechtsstaat", DJ. 1937/151: „Verantwortungsübernahme der Führung im Sinne der höchsten, geschichtlichen Verantwortung vor dem deutschen Volke, Bekenntnis zu dieser Verantwortlichkeit, das ist der notwendige Gegenpol zur vollständigen Anvertrauung der Führung durch das Volk an den Führer. Treue u. Vertrauen, das ist der Gegenpol auf seiten des Volkes zu dieser höchsten Verantwortung", Stuckart, „Der n.s. Führerstaat im Verh. z. Demokr., Diktatur u. Selbstverwaltung", DR. 1936/340: „Das Vertrauen des Volkes zum Führer gehört zu den Wesensmerkmalen des n.s. Führer- u. Volksstaates", s. auch S. 347; Huber, „Verfassung" 1937/109: „Daß Vertrauen die Grundlage der politischen Führung ist, wurde in diesem Vorgang allen bewußt, u. der Führer selbst hat in dem Brief an den Reichsinnenminister Dr. Frick v. 2. Aug. 1934 das Vertrauen zwischen Führer und Volk als das eigentliche Prinzip der Führerverfassung bezeichnet", vgl. auch Huber, „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches", Z. f. ges. St. W. 1935 Bd. 95/205; Schmelzeisen, „Das Recht im n.s. Weltbild", Leipzig 1936/80; Wider, RVerw. Bl. 1937/3 u. 4; Ritterbusch, „Der Führer u. Reichskanzler des Deutschen Volkes Staatsoberhaupt" in JW. 1934/2195: „Als ein echter Führer hat er Vertrauen auf das Volk . . . In dem gegenseitigen Vertrauensverhältnis von Volk und Führer liegt heute das Fundament unserer Verfassung"; Meinhof, „Rasse u. Recht", JW. 1935/3077. Vgl. auch das Gesetz über Volksabstimmung. Es soll dem Führer ermöglichen, sich jederzeit davon überzeugen zu können, daß er das Vertrauen des Volkes besitzt.

[6]) Vgl. Larenz, „Rechts- u. Staatsphilosophie der Gegenwart", 2. Aufl. Berlin 1935/1.

[7]) Vgl. Reinhard Höhn, „Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken", S. 12; Just, „Zur Stellung des Richters" in DR. 1936/85 f.: „So gibt uns Heutigen das Erlebnis der Gemeinschaft die Grundlage für ein Umdenken nunmehr der individualistischen Rechtsgebilde". Aehnlich auch Merk, „Verfassungsschutz", Stuttgart 1935 S. 625; Scheuner in Arch. ö. Recht, NF. 24/166. Vgl. auch Reuß in JW. 1933/2945.

setzesbegriffes sind es, die die Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers zwingend gebieten. Ehe die genannten Grundsätze des neuen Staates zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes in Beziehung gesetzt werden können, bedürfen sie jedoch einer gründlichen Erörterung.

2. Die Begründung der Lösung des Problems.

a. Der Führergedanke und die Verantwortlichkeit des Führers.

Der Ausgangspunkt des Führergedankens ist das Volk[8]). Aus dem Wesen des Volkes als einer Gemeinschaft folgt aber der Satz: „Volk kann nicht führerlos sein[9]). Denn der Führer ist notwendige Voraussetzung für jede Art der Gemeinschaft[10]). Auch das Volk im Weimarer Staat hatte „Führer." Es handelte sich aber nicht um Führer im Sinne der n.s. Weltanschauung. Sie waren unverantwortlich und daher von niemanden zu belangen. Die wichtigen Entscheidungen wurden nicht von Einzelpersonen, sondern von Personenmehrheiten getroffen. Zwar sollten die Mitwirkenden die Verantwortung tragen. In Wahrheit trug sie aber niemand, denn ein jeder schob sie den anderen zu. Die Erkenntnis der Notwendigkeit der Führung wurde erst durch die n.s. Weltanschauung zum Führergrundsatz erhoben. Führer kann nur die Persönlichkeit sein[11]). Persönlichkeit ist aber allein der Verantwortungsbewußte. Nur Wenige besitzen die Voraussetzungen und Eigenschaften der Persönlichkeit. Diese kleine Minderheit ist dazu berufen, die Geschicke des Volkes zu lenken. Denn „der Wille eines Volkes zur Behauptung seines Daseins tritt am ersten und nützlich-

---

[8]) Statt vielen: Freisler, „Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutchland", DJ. 1935/247 f..

[9]) Höhn, „Vom Wesen der Gemeinschaft", 1934 S. 17.

[10]) Adolf Günther, Pol. Handwörterbuch v. Herres, Art. „Führer", S. 657: „Der Führer ist notwendige Voraussetzung für das gesellschaftliche Zusammenleben".

[11]) Hitler, „Mein Kampf", 1933, 25. Aufl. S. 592; Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart", 2. Aufl. 1935/164; Kühn, „Zur Entwicklung des Führergedankens", DR. 1935/203.

sten in seinen besten Köpfen in Erscheinung“[12]). Damit ist die Parole des liberalen Staates von der Gleichheit aller Menschen in der Erkenntnis ihrer Unrichtigkeit bewußt aufgegeben. Durch strenge Auslese sind diejenigen zu ermitteln, die imstande sind, selbständige Entscheidungen in voller Verantwortung zu treffen[13]). Da sich die Volksgemeinschaft stufenweise aus kleineren und kleinsten Einheiten zusammensetzt, so ergibt sich ein stufenweiser, pyramidenförmiger Führeraufbau. Die Ueber- und Unterordnung schafft eine feste Rangordnung; sie ist unerläßliche Voraussetzung des Führerstaates[14]). Aus einer solchen Rangordnung ergibt sich der Grundsatz: „Verantwortung nach oben und Autorität nach unten“[15]). Der Unterführer trägt gegenüber seinem übergeordneten Führer die Verantwortung für die Durchführung der Befehle und für sämtliche aus dem eigenen Machtbereich hervorgehenden Maßnahmen und Anordnungen. Diese Verantwortung beseitigt die Gefahr einer anonymen Führung, die dem Weimarer Staat so verhängnisvoll geworden ist[16]). Gleichzeitig bedingt die Verantwortung des Führers die Einheit der Führung. Denn die Verantwortung kann nur eine Einzelpersönlichkeit tragen und nicht eine Personenmehrheit. Eine Mehrheit von Verantwortlichen bedeutet regelmäßig, daß niemand die Verantwortung trägt[17]).

[12]) Hitler, zur Eröffnung des Reichstages am 30. Aug. 1933, vgl. hierzu Stuckart in DR. 1936/343; Die Reden Hitlers am Parteitag der Freiheit 1935, München 1935/78 f.; Goebbels „Der Faschismus“ S. 18.

[13]) Stuckart, DR. 1935/385; Neesse, „Partei und Staat“, S. 88 f..

[14]) Vgl. Forsthoff, „Der totale Staat“, Hamburg 1933 S. 34.

[15]) Hitler, „Mein Kampf“, S. 501; Frick, „Neubau des Reichs“ in „Deutsche Verwaltung“ 1936/366; Schmelzeisen, „Das Recht im n.s. Weltbild“, Leipzig 1934 S. 48.

[16]) Vgl. Freisler, „Führertum und Verantwortlichkeit“ in DJ. 1933/669 f..

[17]) Hinzu kommt, daß die Persönlichkeit stets die alleinige Führung fordern wird, denn sie will die gesamte Verantwortung aber nicht für fremdes, sondern ausschließlich für eigenes Tun. Erst dann wird sie auch ihre schöpferische Kraft zu voller Wirksamkeit entfalten können. Der Mehrheit fehlt dagegen eine schöpferische Gestaltungskraft. (Hitler, „Mein Kampf“ S. 597 f.). Endlich ist der Grundsatz der Einheit der Führung dadurch bedingt, daß die Gefolgschaft ihre sichtbare Verkörperung in der Gestalt eines Führers findet. (Vgl. hierzu Hitler, Rede v. 27. 3. 1936 in Essen: „Hier spricht nicht ein Einzelner, hier spricht ein Volk!“;

An der Spitze des deutschen Volkes und Reiches steht also nicht ein Kollegialorgan „die Reichsregierung", sondern der „Führer und Reichskanzler." Er entscheidet allein[18]). Die Mitglieder der Reichsregierung sind seine Berater und Mitarbeiter. Wohl steht in der Verkündungsformel der Gesetze vielfach der Satz: „Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiemit verkündet wird." Dieser Satz bedeutet aber nicht, daß das Gesetz durch Majoritätsbeschluß der Mitglieder der Reichsregierung zustandekam; er ist vielmehr dahin zu verstehen: Der Führer und Reichskanzler hat entschieden, daß ein Gesetzentwurf Gesetz wird, nachdem der Entwurf im Kreise der Reichsregierung beraten wurde[19]). Die Aufgabe der Reichsregierung ist also nicht mehr die Fassung von Majoritätsbeschlüssen, sondern die Beratung des Führers[20]). Die Mitglieder der Reichsregierung, die Reichsminister, sind dem Führer unterstellt. Sie sind ihm und nicht einem Parlament zu Treue und Gehorsam verpflichtet. Das fand seinen Ausdruck in dem Gesetz über den Eid der RM.er vom 16. 10. 1934 (RGBl. I S. 973). Nach § 1 dieses Gesetzes haben die Reichsminister bei Uebernahme ihres Amtes dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes Adolf Hitler durch Eid Treue und Gehorsam zu geloben [21]).

Neesse, NSDAP., Versuch einer Rechtsdeutung, S. 145; Stukkart, DR. 1936/345; Herbert Krüger, „Führer u. Führung", Breslau 1935 S. 128). Die Gefolgschaft kann also unmöglich mehrere Führer haben. Hier zeigt sich deutlich, daß der Führerbegriff dem neuen Staatsrecht angehört. Das Staatsrecht der vergangenen Zeit kannte nur den Begriff des Organs. Der unpersönliche Organsbegriff wird nun im neuen Staatsrecht immer mehr durch den Begriff des „Führers" ersetzt. (Vgl. Höhn, „Der Führerbegriff im Staatsrecht" in DR. 1935 S. 299 u. „Vom Wesen der Gemeinschaft S. 20.

[18]) Goebbels, „Vom Kaiserhof zur Reichskanzlei" 1934/302.

[19]) Lammers in DJ. 1934/1400; Rolf Stödter, „Verfassungsproblematik u. Rechtspraxis", Arch. d. ö. R. 1936, NF. Nr. 27/166 f.

[20]) Huber, Verfassung, 1937, S. 114 u. „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches", Z. f. ges. St.W., Bd. 95/212 f. bes. 220.

[21]) Vgl. auch Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht Bd. Ia 12 S. 3 Anm. zu § 1. Die Regelung des § 1 des Ges. über den Eid der RM.er wurde in das Deutsche Beamtengesetz v. 26. I. 1937 (RGBl. I S. 39) übernommen. (vgl. § 157 des DBG.). Die Abhängigkeit der RM.er vom Führer zeigt sich auch darin, daß der Führer den Kreis seiner Mitarbeiter allein bestimmt. Er ernennt u. entläßt die RM.er. (vgl. auch §§ 156 I u. 161 DBG.).

Die Gefolgschaft des Führers ist das deutsche Volk. Für sein Wohl und Wehe trägt er die Verantwortung[22]). Diese Verantwortung besteht aber nicht einer irdischen Gewalt gegenüber, wie dies bei den Unterführern zutrifft. Seine Verantwortlichkeit ist irrationaler Art[23]). Sie besteht gegenüber der deutschen Nation, ihrer Geschichte, Vergangenheit und Zukunft. Der Führer selbst bringt das Bewußtsein um seine Verantwortung in zahlreichen Reden zum Ausdruck. Er spricht immer wieder von der Verantwortung vor dem deutschen Volk, vor der Vorsehung, vor Gott und dem Gewissen. Er ist einer höheren Macht verantwortlich; sie hat ihn zum Führer des deutschen Volkes berufen, als ihr Werkzeug fühlt er sich und sein Volk glaubt an seine Berufung. Daraus folgt aber zwangsläufig, daß der Führer seine Entscheidungen in voller äußerer Freiheit trifft[24]). Schon aus diesem Grunde ist ein materielles Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Gesetzen des Führers von vornherein schlechthin ausgeschlossen.

---

[22]) vgl. Fauser, „Das Gesetz im Führerstaat", Arch.ö.R.NF. 26-134 Hitler, „Mein Kampf", S. 661; Frick, „Der Neubau des Deutschen Reiches", Berlin 1935: „Der Führer trägt allein die Verantwortung gegenüber der Volksgemeinschaft".

[23]) Fauser, Arch.ö.R.NF. 26/140.

[24]) Daraus ergibt sich ferner, daß Führer u. Unterführer nicht in dieselbe Linie gestellt werden können. Denn der Unterführer kann vom Führer zur Rechenschaft gezogen werden. Vgl. hierzu auch Herbert Krüger, „Führer und Führung", 1935 S. 28 f.. Krüger verneint zwar die Verantwortlichkeit des Führers u. spricht statt dessen von der Selbsttreue des Führers. Als Grund hierfür gibt er an, daß wenn von einer Verantwortlichkeit des Führers gesprochen werde, die Gefahr der Versachlichung nahe liege. Die Versachlichung des Begriffes „Verantwortung" bedeute aber, daß man sofort nach Instanzen suche, vor deren Schranken der Führer zur Rechenschaft gezogen werden könne. Krüger vergißt dabei, daß es auch Verantwortlichkeit im irrationalen Sinne gibt, die nicht geleugnet werden kann u. die auch vom Führer selbst anerkannt wird. Dabei handelt es sich keineswegs bloß um Selbsttreue. Diese ist allerdings von grundlegender Bedeutung in diesem Zuammenhang. Denn wird sich ein Führer selbst untreu, so wird das Bestehen einer Verantwortlichkeit im irrationalen Sinne wahrnehmbar. Gleichgültig ist es dabei, welche Bezeichnung der irrationalen Größe, die zur Rechenschaft zieht, gegeben wird. (Volksgemeinschaft, Geschichte, Gewissen, Gott). Im Ergebnis ist Krüger freilich zuzustimmen. Der Führer ist einer irdischen Instanz nicht verantwortlich.

6. Der Führergedanke und seine Verwirklichung. Die Einheit der Staatsgewalt.

Die vornehmste Aufgabe des Führers liegt nun in der Schaffung, Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn die gesammelte Kraft des Volkes im Führer vereint ist. Mit anderen Worten: Die gesamte Staatsgewalt muß in den Händen des Führers ruhen; erst dann kann er das gesteckte Ziel erreichen[25]). Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. III. 1933 brachte denn auch die Vereinigung der vollziehenden und gesetzgebenden, größtenteils auch der verfassungsgesetzgebenden Gewalt (sog. „Ermächtigungsgesetz" RGBl. I S. 141) an der obersten Stelle. In Art. 2 dieses Gesetzes wird ausdrücklich bestimmt, daß die Regierungsgesetzgebung von der Verfassung abweichen kann. Im Schrifttum wurde zwar vereinzelt die Ansicht vertreten, die Reichsregierung habe lediglich das Recht verfassungsdurchbrechende Gesetze, d. h. Gesetze, die von der Verfassung abweichen aber nicht ihren Wortlaut ändern, zu erlassen[26]). Diese Ansicht fand nur wenige Anhänger; die herrschende Meinung stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Reichsregierung könne auch von dem bisherigen Verfassungsrecht abweichendes, materielles Verfassungsrecht schaffen[27]). Mit der Vereinigung der vollziehenden und gesetzgebenden Gewalt in einer Hand war aber dem materiellen Prüfungsrecht des Richters weitgehend die Grundlage entzogen. Ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen der Reichsregierung war von diesem Zeitpunkt an nur noch insoweit denkbar, als der Ermächtigung der Reichsregierung Grenzen gesetzt waren. Die Reichsregierung durfte zwar die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Reichstages und Reichsrates beseitigen und ändern; sie sollte aber die Einrichtung des RT. und RR. als solche bestehen lassen. Ferner waren die Rechte

[25]) Vgl. Huber, „Verfassung", 1937, S. 63: „Die völkische Einheit u. Ganzheit aber verlangt, daß alle politische Gewalt in der Hand des einen Führers vereinigt ist".

[26]) So Kaisenberg in DJZ. 1933 Sp. 460.

[27]) So insbesondere Carl Schmitt, DJZ. 1933 Spalte 456; Krüger, „Die Verfassung der nationalen Revolution" 1933/6.

des Reichspräsidenten geschützt; sie durften erweitert, aber nicht durch einfaches Gesetz geschmälert werden. Die Institution „Reichspräsident" war dagegen als solche nicht geschützt. Die Reichsregierung wäre also nach dem Ableben eines Reichspräsidenten in der Lage gewesen, diese Institution durch einfaches Gesetz zu beseitigen[28]). Die völlige Vereinigung der gesetzgebenden mit der vollziehenden Gewalt wurde durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. I. 1934 (RGBl. I S. 75) herbeigeführt. Die genannten Einschränkungen entfielen (Art. 4: „Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen); die Reichsregierung ist nun beim Erlaß verfassungsändernder Gesetze frei. Aber nicht nur die Gesetzgebung und die Verwaltung sind in der Hand des Führers vereinigt. Der Führer ist auch der höchste Richter. Er übt allerdings das Richteramt nur in seltenen, besonders bedeutsamen Fällen aus, wie das die Vorgänge vom 30. Juni 1934 erkennen lassen[29]). Das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches vom 1. 8. 1934 (RGBl. I S. 747) bildete sodann den Abschluß der gesetzgeberischen Maßnahmen zur Vereinigung der Staatsgewalt beim Führer. Die gesamte Staatsgewalt befindet sich seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes restlos und endgültig in den Händen des Führers[30]). Die politische Forderung der Vereinigung der Staatsgewalt beim Führer, die sich aus dem Führerbegriff unmittelbar

[28]) Vgl. Krüger, „Die Verfassung der nationalen Revolution", 1933 S. 7, Anm. 2 u. S. 8 Anm. 3.

[29]) Vgl. Carl Schmitt in DJZ. 1934 Sp. 947: „Das Richtertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt. In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht u. erscheint der höchste Grad richterlicher Verwirklichung dieses Rechts"; Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht" Ia 17 S. 1 Anm. 3: Auszug aus der Führerrede vom 13. Juli 1934, worin der Führer sich selbst „des Deutschen Volkes oberster Gerichtsherr" nennt; Huber, „Verfassung", 1937/151: „Der Führer ist der oberste Gerichtsherr des Volkes"; Bilke in Deutsche Verwaltung 1934/861.

[30]) Stuckart, „Die Sonderverfassung des Dritten Reiches" im Völk. Beobachter v. 30. I. 1936: „Der Führer ist oberster Kriegsherr, Staatsmann, Gesetzgeber, Richter u. Verwalter"; Mallow, „Das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches", Deutsche Verwaltung 1934 S. 194; vgl. auch Neesse, „Partei u. Staat", Hamburg 1936 S. 62: „In der Person des Führers ist die Kristallisation der völkischen Kräfte überhaupt vor sich gegangen".

ergibt, hat demnach schon im zweiten Jahre nach der Machtergreifung seine vollkommene Verwirklichung gefunden.

Ist es nun denkbar, daß der Richter die Rechtsregeln des Führers, der die gesamte Macht besitzt und zugleich auch die gesamte Verantwortung trägt, auf ihren Inhalt nachprüfen darf? Die Antwort ist ein entschiedenes Nein! Zwar steht auch der Führer unter dem Recht[31]). Denn das Recht ist nicht mehr ein bloßes Beziehungssystem zwischen Einzelpersonen, eine Schrankenziehung zwischen Einzelwillen, sondern Recht ist das, was der Erhaltung und der Förderung der Volksgemeinschaft dient[32]). Es gilt der von Carl Schmitt geprägte Satz: „Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur so viel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das übrige ist kein Recht, sondern ein positives Zwangsnormengeflecht“[33]). Das Recht steht also über dem Gesetz[34]). Es ist die Ordnung der Gemeinschaft[35]). Der Rechtsbegriff hat sich demnach grundlegend

[31]) Vgl. Stuckart, „Die Sonderverfassung des Dritten Reiches“ im Völk. Beob. v. 30. I. 1936; Becker, „Diktatur u. Führung“, 1935/36.

[32]) Frank, „N. s. Handbuch für Recht und Gesetzgebung“, 2. Aufl. 1935/4 u. in DR. 1936/3, „Die Zeit des Rechts“; Seydel, „Die Freiheit des Anwalts“ in JW. 1936/1819; Buch, „Recht, nicht Juristenrecht, sondern Lebensrecht“, DJ. 1936/1356; Nicolai, „Der Staat im n. s. Weltbild“, 3. Aufl. 1934/17.

[33]) C. Schmitt, DJZ. 1934, Sp. 947: „Der Führer schafft das Recht“; Roger Diener in DR. 1936/192: „Alle Lebensformen u. Einrichtungen wie Staat, Wirtschaft u. Kultur haben keine Eigenberechtigung, sondern erhalten ihre Berechtigung erst im Dienste der Erhaltung u. Förderung der völkischen Substanz. Das gilt in ganz besonderem Maße von einem jeden Gesetze, denn die Gesetze sind nur der zeitliche u. vergängliche Ausdruck völkischer Selbstbehauptung u. Aufgabenverwirklichung“; Krüger, „Volksgemeinschaft statt subj. Rechte“, Deutsche Verwaltung 1935/40; Maunz, „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“ 1934 (Hamburg) S. 34.

[34]) Frank, „Lebensrecht vor Formalrecht“ in JW. 1936/2682; Koellreutter, „Zur Frage der Gesetzesauslegung u. Gesetzesanwendung in der Verwaltung“, RVerw. Bl. 1935/445; Schmelzeisen, „Das Recht im n. s. Weltbild“, Leipzig 1936/50.

[35]) Gürtner, „Ein Reich u. ein Recht u. eine Rechtspflege“, DJ. 1935/464; Frank, „Die Zeit des Rechts“, DR. 1936/2; Freisler, „Der Wandel der politischen Grundanschauungen“, DJ. 1935-1250; ders. DJ. 1933/694 f.; Huber, „Die Totalität des völkischen Staates“, die Tat 1934/41, „Die Einheit der Staatsgewalt“, DJZ.

gewandelt. Man könnte nun versucht sein aus dem Umstand, daß auch der Führer unter dem Recht steht und das Recht dem Gesetz übergeordnet ist, zu folgern, daß der Richter zuständig ist, das Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht zu prüfen[36]). Würde man aber aus der Ueberordnung des Rechts über die Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers den Schluß ziehen, daß der Richter befugt sei, diese Rechtsregeln auf ihre Uebereinstimmung mit dem Recht, d. h. Lebensrecht des Volkes zu prüfen, so würde man außer Acht lassen, daß der Führer keiner irdischen Macht verantwortlich ist. Der Führer trägt die gesamte Verantwortung für sein Tun, aber nicht Menschen, sondern einer irrationalen Größe gegenüber. Dies gilt in erhöhtem Grade für die Handlungen des Führers als Gesetzgeber. Denn das Gesetz ist das besonders bedeutsame Mittel der Führung. Das Gesetz ist nichts anderes als der irgendwie geformte Plan des Führers[37]). Gleich-

1934 Sp. 955 f.; Hoche, „Die Schutzhaft nach der VO. v. 28. II. 1933", DJZ. 1933 Sp. 1491; Lange, „Generalklausel u. neues Recht", JW. 1933/2858 f.; Spohr, DJ. 1933/58; Busse, „Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft" in Deutsche Rechtswissenschaft 1936/290; Neesse, „Die NSDAP, Versuch einer Rechtsdeutung" 1935/32; Kempermann, „Richtiges Recht u. positives Recht", Arch. für Rechts- u. Sozialphilosophie, Bd. 30/91; s. auch Binder, „Philosophie des Rechts" 1925; vgl. auch Sächs. OVG. Entsch. v. 18. I. 1935 in RVerw. Bl. 1935/119.

[36]) C. Schmitt, „Aufgaben u. Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes", DR. 1936/184: „Scheinbar besteht heute ein offener Widerspruch zwischen der Forderung einer strengen Bindung des Richters an das Gesetz u. der n. s. Ueberordnung des Rechts über das Gesetz.

[37]) Im Schrifttum finden sich zahlreiche Formulierungen des neuen Gesetzesbegriffes. (Vgl. hierzu Stratenwerth, „Verordnung u. Verordnungsrecht im Deutschen Reich", Berlin 1937/137). Von allen wird aber anerkannt, daß das Gesetz der geformte Wille des Führers ist. Die Ansichten weichen nur darin von einander ab, wann von einem geformten Plan u. Willen des Führers gesprochen werden kann. Dieses Problem soll im nächsten § dieser Arbeit besprochen werden, denn es handelt sich hier um die formelle Seite des Gesetzes, zumal allgemein anerkannt wird, daß die Rechtsregeln des Führers — mögen sie sich bezeichnen, wie sie wollen —, inhaltlich gleichstehen. Vgl. im Schrifttum: Maunz in Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. Hans Frank 1937/63; Frank, „Die Zeit des Rechts", DR. 1936/3; Huber, „Die Totalität des völkischen Staates" S. 40 u. „Die Einheit der Staatsgewalt", DJZ. Sp. 950 f. u. 955 f.; Freisler in DJ. 1935/1100 f.; C. Schmitt, „Kodifikation oder Novelle", DJZ. 1935 Sp. 919 f. u. 924, ders. in DR. 1936/184; Höhn in DR. 1934/434; Scheuner, Arch.ö.R.NF. 24/304,

gültig ist es, welche Bezeichnung dem Gesetz des Führers im Einzelfall beigelegt wird. Nach Rang und Inhalt stehen sich die Rechtsregeln des Führers und Reichsgesetzgebers gleich; sie unterscheiden sich lediglich nach der Form[38]). Mit Recht betont deshalb Maunz, daß das oberste Rechtsgebot der Plan des Führers ist und daß es unmöglich erscheint, das Recht und das Gesetz einander gegenüberzustellen und das Gesetz nur insoweit anzuwenden, als es nicht mit dem Recht in Widerspruch steht[39]). Der Führer ist es ja, der dazu berufen ist die Ordnung der Gemeinschaft zu erhalten und zu sichern. Seine Aufgabe ist es, das Recht in Rechtsregeln auszuprägen. Wollte man dem Richter die Prüfung der Vereinbarkeit der Rechtsregeln des n.s. Gesetzgebers mit dem Recht zubilligen, so hieße das den Richter an die Stelle des Führers setzen. Der Richter wäre dann in Wahrheit der Gesetzgeber. Es wäre dies ein ganz unsinniges Ergebnis, zumal der Führer auch noch der oberste Richter ist. Das Gesagte gilt aber nicht allein für die sog. Regierungsgesetze, sondern — wie schon oben hervorgehoben wurde — auch für sämtliche sonstigen Gesetze, seien es nun Reichstagsgesetze, Volksgesetze, Führerverordnungen, Führererlasse und formlose Führerentscheidungen. Denn der

---

sowie in „Gesetz u. Einzelanordnung", Jena 1935 S. 3/4; Koellreutter, „Deutsches Verfassungsrecht" 1935/56; Fauser, Arch.ö.R. NF. 26/137; Roger Diener in DR. 1936/193: „Gesetz ist Akt der Führung".

[38]) Das wird von Hanno Bossung (Der Vierjahresplan u. das VO. recht in RVerw. Bl. 1937/115 f.) für das Regierungsgesetz u. die Führerverordnung überzeugend nachgewiesen.

[39]) Maunz in „Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. Hans Frank", 1937/63: „Es wäre heute durchaus schief, das Gesetz dem Recht gegenüberzustellen u. nur dieses für entscheidend, das Gesetz aber nur für einen von mehreren Anhaltspunkten dafür halten zu wollen, was Recht sei. In Wahrheit können Gesetz u. Recht einer konkreten Gemeinschaft nicht in Widerspruch stehen. Es gibt kein Gegeneinanderausspielen von Recht u. Gesetz mehr . . . .". Vgl. auch Maunz, „Neues Rechtsdenken in der Verwaltung", Deutsche Verw. 1935/68; Gürtner, „Ein Reich, ein Recht u. eine Rechtspflege", DJ. 1935/464 f.; Freisler, „Richter u. Gesetz", DJ. 1935/241 f. u. „Recht u. Gesetzgeber", DJ. 1936/155; K. Aug. Eckhardt, „Richteramt" in Deutscher Rechtswissenschaft 1936/131; Ministerpräsident Göring in DJ. 96. Jg. S. 881: „Das Recht u. der Wille des Führers sind eins"; Huber, Verfassung, 1937/126 f. u. bes. 128; Zeller, „Die Berufung der Partei zur Gesetzgebung" in JW. 1936/2504; Leppin, „Politik u. Recht" in JW. 1936/2125; s. auch Maunz, „Verwaltung" 1937/40.

irgendwie geformte Plan und Wille des Führers ist Gesetz. Die Reichstagsgesetze und Volksgesetze sind aber in gleicher Weise wie die Regierungsgesetze Plan und Wille des Führers. Einmal werden sie stets im Einverständnis des Führers dem Reichstag oder dem Volk vorgelegt; zum andern werden die Gesetze, denen der Reichstag oder das Volk zugestimmt hat, vom Führer und Reichskanzler ausgefertigt und verkündet. Der Führer braucht aber Reichstagsgesetze oder Volksgesetze, die nicht seinem Willen entsprechen, nicht auszufertigen und zu verkünden. Daraus ersieht man, daß der Reichstagsbeschluß für das Zustandekommen des Gesetzes keine rechtliche Bedeutung hat. Die Bedeutung der Zustimmung des RT. oder des Volkes liegt demnach darin, daß die Bedeutsamkeit eines Gesetzes durch eine besonders feierliche Form unterstrichen wird. Gleichzeitig wird dem Ausland und Inland kundgetan, daß Volk und Führer eins sind[40]).

[40]) Vgl. Huber, „Verfassung" 1937/124: „Auch beim Reichstagsgesetz tritt der Wille des Führers hervor; durch die Abstimmung in der Volksvertretung oder im ganzen Volk wird nur Stellung zum Führerwillen genommen. Das Bekenntnis, das durch die Abstimmung zum Führerwillen ausgesprochen wird, verstärkt das Ansehen des Gesetzes, begründet aber nicht seine verbindliche Kraft . . . . Die Anordnung, daß der innerhalb der Reichsregierung oder durch Reichstagsbeschluß oder durch Volksabstimmung festgestellte Gesetzesinhalt verbindliches Recht ist, geht vom Führer aus"; Dennedde, „Völkischer, totaler u. autoritärer Staat" JW. 1934/956; Ritterbusch, „Der Führer u. Reichskanzler des Deutschen Volkes Staatsoberhaupt", JW. 1934/2196: „Die Gesetzgebung des Reiches, sie sei Kabinetts-Reichstags- oder Volksgesetzgebung, ist von der Entscheidung des Führers abhängig. Gegen seinen Willen ist kein Gesetz möglich, mit seinem Willen ein jedes"; Jerusalem, „Der Staat" 1935/309: „Gesetz ist jetzt jeder Ausspruch des Führers des Volkes, der im Rahmen seiner staatsgewaltlichen Funktionen erfolgt"; Stuckart, in DR. 1936/346: „Es wird auch nicht darüber abgestimmt, ob eine Maßnahme geschehen soll oder nicht, so daß die notwendige Maßnahme nur geschehen könnte, wenn die Abstimmung positiv ausfällt. Ein solches Verfahren würde einer zielbewußten Führung u. einer klaren Verantwortlichkeit widersprechen". Demgegenüber wird von Vielen die Ansicht vertreten, der Zustimmung des Volkes u. der Zustimmung des Reichstages komme eine rechtserhebliche Bedeutung zu. Diese Zustimmung sei für das Zustandekommen des Gesetzes notwendig, soferne schon dieses Gesetzgebungsverfahren angewendet werde. Die Reichstagsgesetze u. Volksgesetze seien demnach neben dem Regierungsgesetz selbständige Rechtsquellen. Vgl. Koellreutter in „Die Verwaltungsakademie I Gruppe 2 Beitr. 16; Scheuner Arch.ö.R.NF. 24/340; Lobe, „Das richterliche Prüfungsrecht . . . ." Arch.ö.R. 1937/194 f..

Der Richter darf also die Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht nachprüfen. Die Verneinung der Frage, ob der Richter nicht zuständig ist, diese Rechtsregeln auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit hin nachzuprüfen, bedarf aber noch einer eingehenden Begründung. Die gesamte Staatsgewalt ist in der Hand des Führers vereinigt. Er ist der Gesetzgeber und zwar auch der Verfassungsgesetzgeber. Denn auch das Dritte Reich besitzt eine Verfassung. Es handelt sich heute aber nicht mehr um eine Verfassung im formellen Sinne — wie dies bei der Weimarer Verfassungsurkunde zutrifft — sondern um eine Verfassung im politischen Sinne als einem Zustand, einer Ordnung. Diese Verfassung findet sich in zahlreichen Einzelgesetzen und im Gewohnheitsrecht. Die in Frage kommenden Einzelgesetze und das Gewohnheitsrecht zusammengefaßt können als „Verfassungsgesetz" bezeichnet werden[41]). Sind jedoch die Verfassungsbestimmungen des neuen Staates in den einfachen Gesetzen enthalten, so nehmen sie gegenüber den sonstigen Rechtsregeln des Führers keinen höheren Rang ein[42]). Das gilt insbesondere auch für die Weimarer Verfassungsurkunde selbst[43]). Die neuen Reichstagsgesetze bilden keine Ausnahme. Fehlen aber höherrangige Verfassungsbestimmungen, so scheidet die richterliche Nachprüfung sämtlicher Rechtsregeln auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin aus. Dem Richter stehen ja keinerei Maßstäbe zur Verfügung, mit denen er die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsregeln nachprüfen könnte.

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit könnte erst wieder auftauchen, wenn in der Zukunft einmal eine formelle Verfassung gesetzt werden sollte. Soferne die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes nicht schon ausdrücklich in der Verfassung selbst geregelt wäre, müßte sie — wie hier — unter Heranziehung der den Staat beherrschenden Grundsätze beantwortet werden. Darnach könnte es nicht

[41]) Kurt Emig, „Der Begriff der Verfassung im heutigen Deutschen Recht" Z.f.ges.St.W. 1935/482 Bd. 95.

[42]) Koellreutter, „Deutsches Verfassungsrecht", Berlin 1936, 2. Aufl. S. 60.

[43]) Die Frage, ob die WRV. überhaupt noch gilt, wird für sich behandelt werden.

zweifelhaft sein, daß der Richter auch nicht die Vereinbarkeit der einfachen Gesetze und sonstigen Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers mit dieser Verfassungsurkunde nachprüfen dürfte. Der Reichsgesetzgeber wäre ja jederzeit in der Lage die Verfassungsurkunde entsprechend zu ändern[44]). Anders müßte die Antwort allerdings lauten beim Vorhandensein eines besonderen Verfassungsgesetzgebers. Eine derartige Trennung der Gesetzgebungsgewalt ist aber mit der n.s. Weltanschauung schlechterdings unvereinbar. Es kann deshalb heute schon ausgesprochen werden, daß der Richter auch bei Vorliegen einer formellen Verfassung nicht zuständig wäre, die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers nachzuprüfen. Es bleibt somit nur noch die Frage, — soferne von der Verantwortlichkeit des Führers „irrationaler Art" zunächst abgesehen wird —, ob der Richter wenigstens die Gesetzmäßigkeit der Führerverordnungen und Führererlasse nachzuprüfen hat. Jedoch auch diese Frage ist schon beantwortet. Die Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers sind nach Inhalt und Rang gleich[45]). Die Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gesetz ist mit der Vereinigung der Staatsgewalt in der Hand des Führers hinfällig geworden[46]). Mit der Beseitigung

[44]) Das gilt auch für den Fall, daß in dieser Verfassung ein besonderes Verfassungsgesetzgebungsverfahren vorgesehen wäre.

[45]) Vgl. Maunz in Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. Hans Frank, 1937/64: „Der Unterschied zwischen dem Gesetz u. der Führerverordnung ist gefallen. In der Führerverordnung offenbart sich ebenso ein breiter, Rechtsgebot gewordener Plan des Führers wie im Gesetz. Es gibt keine normative Schranke für die Führer-VO.. Sie bedarf daher auch keiner Ableitung aus dem Gesetz. Gesetz u. Führer-VO. stehen nach keiner Richtung mehr im Verhältnis von Ursprünglichkeit u. Ableitung"; Huber, „Verfassung" 1937/166: „Diese Führerverordnungen sind keine Rechtsverordnungen im sonst üblichen Sinne; sie sind nicht auf staatlicher Delegation beruhende Rechtsvorschriften minderen Ranges. Sondern sie sind eine besondere Art des Gesetzes, die gleichwertig neben dem staatlichen Gesetz steht"; vgl. auch Bossung, „Der Vierjahresplan u. das Verordnungsrecht" RVerw. Bl. 1937/115 f..

[46]) Das gilt aber nur für die Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers. Gegenüber den Rechtsregeln, die auf einer Ermächtigung beruhen, kann diese Unterscheidung beibehalten werden. Denn für diese Unterscheidung genügt der Umstand, daß die Trennung der Gewalten unter dem Führer aus technischen u. organisatorischen Gründen im wesentlichen beibehalten wurde. Die Trennung der Gewalten ist lediglich in der Staatsführung restlos beseitigt. Deshalb ist auch die Unterscheidung zwischen formellem u. materiellem

dieser Unterscheidung sind gleichzeitig die Rangunterschiede zwischen den Rechtsregeln des Führers gefallen. Es wäre auch ganz unmöglich und unzulässig, im Einzelfall festzustellen, ob der Führer bei Erlaß einer Rechtsregel als Gesetzgeber oder als Vollzugsorgan gehandelt hat. Ein solches Verfahren würde nichts anderes bedeuten, als ein Versuch, die überwundene Lehre von der Gewaltenteilung und -hemmung nachträglich wieder einzuschmuggeln. Die Vereinigung der Staatsgewalt in der Hand des Führers schließt demnach gleichfalls die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers in vollem Umfange aus.

c. Der Führergedanke und der Gedanke der Autorität.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß zwei Wesensmerkmale des Führergedankens das richterliche Prüfungsrecht schlechthin ausschließen. Es waren dies die Verantwortlichkeit des Führers und der Gedanke der Einheit der Führung. Als drittes Wesensmerkmal des Führergedankens, das dem richterlichen Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des Führers und Reichsgesetzgebers entgegensteht, ist noch der autoritäre Gedanke zu nennen. Der wahre Führer muß seiner Gefolgschaft und seinen Unterführern gegenüber Autorität besitzen. Autorität besitzt aber auf die Dauer nur, wer sich auf das Vertrauen seiner Gefolgschaft stützen kann. Denn die Grundlage der wahren Autorität ist stets das Vertrauen[47]). Allein dem Führer, der das Vertrauen seiner Gefolgschaft besitzt, wird unbedingter und freiwilliger Gehorsam zuteil. Die Anerkennung und die Achtung seiner Maßnahmen werden ihm selbst dann

---

Gesetz gegenüber den Rechtsregeln des Führers unhaltbar geworden. Im Verhältnis der Rechtsregeln des Führers zu den auf Ermächtigung beruhenden Rechtsregeln hat demnach die Unterscheidung ihren Sinn behalten. An diesem Ergebnis ändert auch die Erwägung, daß alle Rechtsregeln im n. s. Staat letzten Endes auf den Willen des Führers zurückzuführen sind, nichts. Das dürfte mit dem in dieser Anm. Gesagten zur Genüge dargetan sein.

[47]) Koellreutter, „Volk u. Staat in der Verfassungskrise", Berlin, Vortrag, gehalten in der Deutschen Hochschule für Politik, 20. 12. 1932, S. 16.

nicht versagt werden, wenn diese Maßnahmen von der Gefolgschaft zunächst nicht verstanden werden. Fehlt jedoch das Vertrauen zur Führung, so kann von einem autoritären Staat nicht gesprochen werden. Das gilt sicherlich für alle Staaten liberal-demokratischer Färbung. In diesen Staaten soll jeder Einzelne an der Lenkung der Geschicke des Staates beteiligt sein; gleichzeitig soll er eine möglichst umfangreiche staatsfreie Sphäre sein eigen nennen. Der Einzelne sieht nun seine Mitbeteiligung an der Lenkung der Geschicke des Staates darin, daß er die Staatsführung zwingt, seine staatsfreie Sphäre zu achten. Der an sich verlockende und bestechende Gedanke der verantwortlichen und gleichberechtigten Mitbeteiligung an der Staatsführung erweist sich demnach bei genauerer Betrachtung als ein Widerspruch in sich selbst. Denn eine verantwortungsbewußte Mitarbeit und die Forderung einer möglichst umfangreichen staatsfreien Sphäre schließen sich gegenseitig aus. Letzterer Gedanke muß zu einer Feindstellung des Einzelnen zur Staatsführung und Volksgemeinschaft führen. Der Einzelne wird rücksichtslos seine eigenen Interessen verfolgen. Der Anspruch auf Mitbeteiligung an der Staatsführung ist ihm dabei der beste Bundesgenosse. Seine Mitarbeit äußert sich in einer unbeschränkten Kritik gegenüber allen Handlungen und Unternehmungen des Staates. Diese Kritik ist auch sein gutes Recht, denn nur so kann er etwaige Uebergriffe des Staates in seine staatsfreie Sphäre abwehren. Um diese Kritik möglichst wirksam zu gestalten, wird der Einbau von Kontrollen gegenüber der Staatsführung in die Verfassungsurkunde gefordert. Eine dieser Kontrollen ist auch das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Akten des Gesetzgebers und der Staatsführung. Die Gesellschaft und der Staat stehen sich zwangsläufig feindlich gegenüber. Nicht das Vertrauen, sondern das Mißtrauen des Einzelnen gegenüber dem Staat ist das Kennzeichen des von liberal-demokratischem Gedankengut beherrschten Staates. Ein solcher Staat ist deshalb auch nie ein autoritärer Staat. Es kann überhaupt allgemein gesagt werden; je mehr eine Staatsführung kontrolliert wird, desto weniger Vertrauen wird ihr entgegengebracht und desto weniger Autorität besitzt sie.. Kontrollen sind sicherlich vonnöten im Verhältnis des Füh-

rers zu den Unterführern. Dies ergibt sich schon aus dem Satz: Autorität nach unten und Verantwortung nach oben. Gegenüber dem höchsten Führer ist aber eine Kontrolle nicht mehr denkbar. Er verkörpert das Volk und das Volk bringt ihm unbegrenztes Vertrauen entgegen. Dieses Vertrauen schließt jede Kontrolle gegenüber den Handlungen des Führers schlechthin aus. Der Führer- und Gemeinschaftsstaat kennt als wahrhaft autoritärer Staat ein materielles Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsnormen des Führers und Gesetzgebers nicht.

In schärfstem Gegensatz zum autoritären Führerstaat steht ferner die Diktatur. Auch dort steht an der Spitze des Staates eine Einzelperson. Auch dort ist eine Kontrolle und damit ein richterliches Nachprüfungsrecht gegenüber den Handlungen des Gesetzgebers ausgeschlossen. Der grundlegende Unterschied liegt aber darin, daß der Diktator bloß an der Spitze des Staates steht, aber nicht an der Spitze seines Volkes marschiert. Der Diktator besitzt zwar die gesamte Macht, aber nicht das Vertrauen des Volkes[48]). Er kann sich also nicht auf den freiwilligen und unbedingten Gehorsam seines Volkes, sondern einzig und allein auf seine Machtmittel stützen. Der Einzelne gehorcht ihm nur widerwillig und sinnt, wie er das auferlegte Joch möglichst rasch abschüttelt. Jeder Maßnahme des Diktators — mag sie im Einzelfall auch durchaus nützlich sein — begegnet er mit Mißtrauen. Er wünscht nichts sehnlicher als das Vorhandensein von Kontrollen und er wird jede Gelegenheit wahrnehmen, um solche Kontrollen zu errichten. Für das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes läßt sich aus dem Gegensatz zwischen Diktatur und Führerstaat die Erkenntnis gewinnen, daß die Vereinigung der Staatsgewalt in einer Hand an sich genügt, um das materielle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Akten des Gesetzgebers schlechthin auszuschließen. Im Führerstaat wird aber die Verneinung des materiellen Prüfungsrechtes des Richters als Selbstverständlichkeit betrachtet. Denn nicht allein die Macht, sondern auch die Autorität des Führers

[48]) Stuckart, „Der n. s. Führerstaat im Verhältnis zur Demokr. u. Selbstverwaltung", DR. 1936/346 f..

schließen die Prüfungszuständigkeit des Richters aus. Demgegenüber wird in einem diktatorisch gelenkten Staat das Fehlen einer derartigen Kontrolle als Mangel empfunden, der nur widerwillig und unter dem Druck der Machtverhältnisse hingenommen wird.

d. Die Totalität der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß das richterliche Prüfungsrecht auch mit der Totalität der n.s. Weltanschauung und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der Totalität der Führung unvereinbar ist. Die Totalität der n.s. Weltanschauung enthält den Anspruch auf Ausschließlichkeit[49]). Sämtliche Gebiete des menschlichen Lebens sollen mit dem Geiste der n.s. Weltanschauung durchdrungen und erfüllt werden. Den Weg zur Erreichung dieses Zieles weist der Führer. Alle entgegenstehenden Hindernisse müssen beseitigt werden. Ausgangspunkt und Mittelpunkt der n.s. Weltanschauung ist das Volk. Seine Erhaltung und Förderung ist die vornehmste Aufgabe des Führers. Die Erhaltung und Förderung des Einzelnen hat demgegenüber zurückzutreten. Das Ich als solches hat Daseinsberechtigung nur als Glied der Gemeinschaft[50]). Von einer staatsfreien Sphäre im liberalen Sinne kann demnach nicht mehr gesprochen werden[51]). Alle Schranken, die zur Sicherung dieser staatsfreien Sphäre errichtet worden waren, sind aus dem Weg zu räumen. Soweit nun das materielle Prüfungsrecht des Richters der Sicherung der staatsfreien Sphäre des Einzelnen dient, ist es überlebt und daher entfallen. Nur dort ist die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters auch heute

[49]) Vgl. Nicolai, „Der Staat im n. s. Weltbild" S. 23.

[50]) Vgl. Sächs. OVG., Urt. v. 18. I. 1935, RVerwBl. 1935/117 f.,

[51]) Das heißt aber nicht, daß der Einzelne recht- u. schutzlos ist. Der Einzelne wird geschützt als Glied der Volksgemeinschaft. Ist die Sicherheit der Volksgemeinschaft gewährleistet, dann wird dem Einzelnen auch der Schutz der Volksgemeinschaft zuteil. Der Einzelne kann aber darauf vertrauen, daß die Rechtssicherheit der Volksgemeinschaft unter allen Umständen verwirklicht wird. Vgl. hierzu Helmut Seydel, „Die zwei Begriffe der Rechtssicherheit", Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 85: „Der Volksgenosse findet seine Rechtssicherheit darin, daß die Gemeinschaft ihm als ihrem vollwertigen Mitglied den Schutz der Gemeinschaft zuteil werden läßt.

noch zu bejahen, wo sie der Einheit der Führung dient. Das trifft aber gerade bei den Rechtsregeln des Führers selbst nicht zu. Ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des Führers und Reichsgesetzgebers scheidet damit schlechthin aus.

3. Zusammenfassung und Hinweis auf das Schrifttum.

Abschließend sei wiederholt: Die Verneinung der materiellen Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den Rechtsregeln des n.s. Reichsgesetzgebers erklärt sich, da eine ausdrückliche Regelung des Problems nicht besteht, ausschließlich aus dem Geist der heutigen Zeit, d. h. aus dem Geist der n.s. Weltanschauung und seiner Staatsauffassung. Die wesentlichsten Grundsätze des n.s. Staates schließen eine derartige richterliche Prüfungszuständigkeit mit zwingender Notwendigkeit aus. Es handelt sich dabei in erster Linie um den Führergedanken mit seinen Wesensmerkmalen wie der Verantwortlichkeit des Führers, des autoritären Gedankens und der Totalität der Führung. Hinzu kommt die praktische Verwirklichung der politischen Forderung des Führerprinzips durch die Vereinigung der gesamten Staatsgewalt in der Hand des Führers. Endlich wäre noch der Totalitätsanspruch der n.s. Weltanschauung zu nennen. Der hier vertretene Standpunkt wird vom Schrifttum nahezu[52]) einstimmig geteilt[53]).

[52]) A. A. sind offenbar Lüdtke, JW. 1933/2241; Leo Münz, „Fehler des Gesetzgebungsverfahrens", Berlin 1934/35; Schöne, Arch. d. ö. R. NF. 25/284.

[53]) Folgende Schriftsteller und Wissenschaftler nahmen zu dieser Frage ausdrücklich Stellung: Ministerpräsident Göring, „Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft" Berlin 1935; Dr. Gürtner und Dr. Freisler, in „Das neue Strafrecht" 1936/25; Eduard Kern, Arch. für Rechts- u. Sozialphilosophie Bd. 27/312 u. Grundgedanken d. neuen Gerichtsverfassungsrechtes" 1936/14; Freisler, DJ. 1933/694 f. u. DJ. 1934/1333 f.; Koellreutter, in Verwaltungsakademie I Gruppe 2 Beitr. 16 u. in „Deutsches Verwaltungsrecht" Berlin 1935/173; C. Schmitt, DR. 1933/201, Staat, Bewegung, Volk, S. 21, u. JW. 1933/2793; Huber, „Verfassung" 1937/128 u. 151 f.; Schack, RuPrVerw.Bl. 1933/1047; Scheuner, „Gesetz u. Einzelanordnung" S. 28, Arch. ö. R. NF. 24/344 u. RVerw.Bl. 1934/516 f.; Larenz, „Deutsche Rechtserneuerung u. Rechtsphilosophie", Tübingen 1934/34; Heinrich Lange, „Generalklauseln u. neues Recht" JW. 1933/2858; Wilhelm Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/183

u. 186; Merk, „Verfassungsschutz", Stuttgart 1935/660; Henkel, „Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt", Hamburg 1934/27 f.; Fauser, Arch. ö. R. NF. 26/142 u. 150; Stuckart, „Deutsche Verwaltung", 1935/161; Schaffstein, „Formalismus im Strafrecht", DR. 1934/349 u. 352; Dahm, Eckhardt, Höhn, Ritterbusch u. Siebert, „Leitsätze über Stellung u. Aufgaben des Richters", Deutsche Rechtswissenschaft 1936/123 u. 124; Dölle, DJ. 1934/1017 f.; Baumbach, DJZ. 1934 Sp. 56; Tigges, „Die Stellung des Richters im modernen Staat" 1935/178; Herrschel, JW. 1933/2793; Hildebrandt, „Rechtsfindung im n.s. Staat", Berlin 1935; Stödter, „Verfassungsproblematik u. Rechtspraxis", Arch. d. ö. R. NF. 27/196; Stratenwerth, „Verordnung u. Verordnungsrecht", Berlin 1937/150; Rothenberger, „Aufgaben der Rechtspflege", in Deutsche Rechtspflege 1936/504; Moser von Filseck, in Deutscher Rechtspflege 1936-221; Ostwald, DJZ. 1934/440 f.; Franzen, „Gesetz u. Richter", 1935 S. 27; Denedde, „Völkischer, totaler u. autoritärer Staat", JW. 1934 S. 958/959; Radloff, JW. 1934/70; Gloz, „Das richterliche Prüfungsrecht im neuen Staat", Diss. Köln 1935/30; Reitis, „Die richterliche Nachprüfung von Staatsakten im n.s. Staat", Diss. Göttingen 1936/31 f.; s. auch Scheuner, RVerw.Bl. 1936/437 f. bes. 440; u. Freisler, DJ. 1936/153 f.; Vgl. auch Scheuner, RVerw.Bl. 1936/441 Anm. 24: Die dort Genannten vertreten die Ansicht, daß eine gerichtliche Kontrolle politischer Handlungen mit dem Aufbau des Führerstaats unvereinbar ist. Sie alle gehören deshalb in die Reihe der oben genannten Wissenschaftler u. Schriftsteller.

Eine stark abweichende Ansicht vertritt Lobe, „Das richterliche Prüfungsrecht u. die Entwicklung der gesetzgebenden Gewalt im neuen Reich", Arch. d. ö. R. NF. 28/194 f. Jg. 1937. Er geht aus von dem Satz: Der Richter ist unabhängig u. nur dem Gesetz unterworfen. Der Richter könne demnach nur an eine rehtswirksame Norm gebunden sein (S. 195). Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit einer jeden Norm sei aber:

a) daß der sie Gebietende zu ihrer Erlassung befugt sei,
b) daß die Bildung des Gesetzeswillens nach den dafür bestehenden Vorschriften erfolgt sei,
c) daß die Norm nach den bestehenden Vorschriften erklärt u. verkündet sei,
d) daß endlich der verfassungsmäßig gebildete u. erklärte Wille des Gesetzgebers sich auch im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Zuständigkeit halte, sich objektiv auf das ihm zugewiesene Machtgebiet beschränke.

Diese Voraussetzungen seien aber für jede Staatsverfassung verschieden. Lobe gelangt nun im weiteren Verlaufe seiner Untersuchung zu der Feststellung, daß die gesetzgebende Gewalt im neuen Staat vier Entwicklungsstufen durchlaufen habe.

1) Die erste Stufe bilde die Berufung des Führers zum Reichskanzler durch den Reichspräsidenten Hindenburg am 30. I. 1933. Die Gesetzgebung sei damals nach den Bestimmungen der WRV. gehandhabt worden (S. 200/201).
2) Die zweite Stufe sei in dem Ermächtigungsgesetz v. 24. III. 1933 zu erblicken. Der Gesetzgebungsgewalt des Führers seien dort noch gewisse Schranken gesetzt gewesen.

3) Die dritte Stufe beruhe auf dem Neuaufbaugesetz v. 30. I. 1934 (RGBl. I S. 75). (Lobe S. 205/206).

4) Die vierte Stufe bilde das Gesetz v. 1. 8. 1934 (RGBl. I S. 747). (Lobe S. 206/210).

Die volle gesetzgebende Gewalt habe der Führer erst durch das Neuaufbaugesetz erlangt. Den Gesetzen, Verordnungen u. sonstigen Akten des Führers gegenüber, die auf Grund dieses Rechtszustandes ergangen seien, könne eine materielle Prüfungszuständigkeit des Richters nicht bestehen, da beschränkende Verfassungsbestimmungen nicht mehr bestünden. Dies gelte jedoch nicht für eine solche Tätigkeit des Führers, die darin bestünde Recht zu sprechen (S. 210). Dagegen müsse dem Richter allen Gesetzen und Verordnungen gegenüber, die vor der Ergreifung der vollen gesetzgebenden Gewalt durch den Führer erlassen worden seien, das unbeschränkte Prüfungsrecht zugesprochen werden (S. 196). Der Richter muß also nach der Ansicht von Lobe die Verordnungen und Gesetze des Führers, die auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes erlassen wurden, auf ihre Gesetz- u. Verfassungsmäßigkeit — ganz wie im Weimarer Staat — prüfen. Lobe mußte mit der von ihm angewandten juristisch-logischen Methode zu diesem unbefriedigenden Ergebnis gelangen. Ein staatsrechtliches Problem von der Bedeutung des hier Behandelten kann eben nur befriedigend gelöst werden, wenn zu seiner Lösung auch die Grundsätze des geltenden Staatsrechts herangezogen werden. Wenn Lobe sein Ergebnis u. a. mit dem Hinweis auf das Gesetz über die Rechtmäßigkeit von Verordnungen vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 530) begründen will, so vermag das nicht zu überzeugen. Gegenüber den Verordnungen wird dem Richter — wie noch eingehend dargelegt werden wird — eine weitgehende Prüfungszuständigkeit zugebilligt werden müssen. Denn es handelt sich um die Rechtsregeln untergeordneter Stellen u. Behörden. Der Grundsatz der Einheit der Führung bedingt aber den Satz, daß der Richter in erster Linie den Führerakten Gehorsam zu leisten hat. Hinzukommt, daß dieses Gesetz gerade den Zweck verfolgte, den Gerichten die Möglichkeit abzuschneiden, die betr. Verordnungen nachzuprüfen. Die im Schrifttum u. in der Rechtsprechung geäußerten Zweifel bezüglich der Rechtsgültigkeit der betr. Verordnungen sollten endgültig behoben werden. (Vgl. hierzu: Lüdtke, „Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der auf Grund der 4. Notverordnung des RPräs. v. 8. 12. 1931 in Preußen erlassenen Maßnahmen"; Sächs. OVG., Urt. v. 27. IV. 1932 in Sächs. Jahrbüchern 1932; Bd. 37/243; III. ZS. des RG. Urt. v. 27. 6. 1933 in JW. 1933/1946 = RGZ. 140/404). Die Ansicht von Lobe kann also keinesfalls auf dieses Gesetz gestützt werden. Das Hauptargument, auf das sich Lobe stützen will, nämlich die Tatsache, daß der Führer nicht sofort nach der Machtergreifung die volle gesetzgebende Gewalt erlangte, erscheint zunächst bestechend. Bei genauerer Betrachtung erweist es sich als unzutreffend. Es ist zwar Lobe darin zuzustimmen, daß der Führer die volle gesetzgebende Gewalt erst nach und nach und zwar in den von Lobe genannten vier Stufen erlangt hat. Trotzdem kann dem Ergebnis, zu dem Lobe gelangt, nicht beigepflichtet werden. Würde sein Ergebnis nämlich in der Praxis angewendet werden, so müßte das zu einer völligen Durchbrechung des Führergedankens füh-

§ 17. Das formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers.

Der Rechtsprechung konnte für die Beantwortung dieses Problems nur wenig entnommen werden. Aus der Haltung des RG. in der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den vor-n.s. Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung ließen sich jedoch gewisse Schlüsse ziehen. Darnach kann der Richter höchstens zuständig sein, die Rechtsregeln des n.s. Gesetzgebers daraufhin zu prüfen, ob sie entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen verkündet sind. Diese Ansicht wird denn auch im Schrifttum vielfach vertreten[1]). Diese Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts wird allgemein damit begründet, daß die Vereinfachung des Gesetzgebungsverfahrens eine weitergehende Prüfung nicht zulasse. Denn das Regierungsgesetz komme zustande mit der Unterfertigung des Gesetzentwurfes durch den Führer[2]). Das Gleiche gilt aber auch für die Reichstags- und sog. Volksgesetze[3]). Ueber-

ren. Der Einwand, das Führerprinzip sei ja damals überhaupt noch nicht vollkommen verwirklicht gewesen, schlägt demgegenüber keineswegs durch. Denn wenn auch das Führerprinzip damals nicht völlig verwirklicht war, so trifft das heute jedenfalls nicht mehr zu. Das Führerprinzip läßt aber eine Nachprüfung der Führerakte schlechterdings nicht zu. Das gilt auch für die Führerakte, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Neuaufbaugesetzes erlassen wurden. Beseitigt der Führer ein solches Gesetz nicht selbst, so gilt die unwiderlegliche Vermutung, daß es dem Willen des Führers entspricht. Selbst wenn man Lobe für die Zeit der betr. Entwicklungsstufe beipflichten wollte, so müßte ihm entgegengehalten werden, daß die betr. Entwicklungsstufe schon längst überwunden ist. Die jetzige Entwicklungsstufe verbietet aber dem Richter die materielle Nachprüfung der Führerakte u. zwar auch der Führerakte, die aus einer früheren Entwicklungsstufe stammen.

[1]) Fauser, Arch.ö.R.NF. 26/151; Gerhard Granzow, „Die richterliche Nachprüfung von Verwaltungsakten im Recht des n. s. Staates", Diss. Göttingen 1935/20; Reitis, „Die richterl. Nachprüfung von Staatsakten im n. s. Staat" 1936/41; Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht" 1936/173: „Der Richter darf u. muß also nachprüfen, ob das Gesetz von der zuständigen Stelle u. in der vorgeschriebenen Form erlassen u. verkündet ist . . .". Koellreutter gestattet also dem Richter sogar noch ein sehr viel weitergehendes Prüfungsrecht. Vgl. auch Koellreutter, Deutsch.Verf.R., Berlin 1935/173.

[2]) Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/171; Hoche in „Reich u. Länder" 1936/65 f.; Huber, „Verfassung" 1937/124, Reitis, a.a.O. S. 40, u. die in § 17 Anm. 40 Genannten.

[3]) Vgl. neben den in Anm. 2 Genannten auch noch Huber, „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches", Z.f.d.ges.St.W.Bd. 95/220 f..

dies ist die Zahl der Reichstags- und Volksgesetze so gering, daß ihnen gegenüber das richterliche Prüfungsrecht praktisch von vornherein ausscheidet. Die Reichstags- und Volksgesetze sind ferner derart sorgfältig ausgearbeitet, daß ihre Nachprüfung als überflüssig erscheint. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß eine weitergehende Nachprüfung der Formalien des Gesetzgebungsverfahrens schlechterdings unvereinbar ist mit dem Führergedanken und den sonstigen im vorigen Paragraphen dargelegten Grundsätzen des n.s. Staates.

Wilhelm Laforet[4]) geht noch einen Schritt weiter. Nach seiner Ansicht ist das richterliche Prüfungsrecht mit der Feststellung erschöpft, daß das Gesetz mit dem Namen des Führers unterzeichnet ist. Er führt hierzu wörtlich aus: „Steht unter einer Rechtsnorm, einerlei, wie sie sich nennt, der Name des Führers und Reichskanzlers, so ist mit der Feststellung, daß dies geschehen ist, das richterliche Prüfungsrecht abgeschnitten, denn der Führer und Reichskanzler ist in seinem Rechtssetzungsrecht unbeschränkt." Der Richter darf also nach der Ansicht von Laforet einem Gesetz, das offensichtlich nicht ordnungsmäßig verkündet wurde, die Rechtsgültigkeit nicht absprechen, soferne das Gesetz mit dem Namen des Führers unterzeichnet ist.

Die beiden Ansichten zeigen zwar die Gründe auf, warum im n.s. Staat das formelle Prüfungsrecht des Richters im Gegensatz zum Weimarer Staat beschränkt ist. Trotzdem kann weder der einen noch der anderen der beiden Meinungen in vollem Umfang beigepflichtet werden. Ehe man an die Lösung des Problems herantritt, muß man sich zunächst über dessen Ausgangspunkt vollkommen im Klaren sein. Der Ausgangspunkt des hier behandelten Problems ist aber der jeweils geltende Gesetzesbegriff. Wie schon früher gesagt wurde, ist Gesetz im Sinne des n.s. Staates der irgendwie geformte Plan und Wille des Führers. Gleichgültig ist es, wie sich der Akt des Führers im Einzelfall nennt[5]).

[4]) Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/186.

[5]) A.A. z. Bsp. Stratenwerth, „Verordnung u. Verordnungsrecht" 1937 S. 152: Er gibt zwar zu, daß jede Willenskundgebung des Führers, die als rechtlicher Akt in Erscheinung trete, rechtsverbindlich sei. Trotz dieser Erkenntnis will er den Gesetzesbegriff auf die

Denn die Akte des Führers unterscheiden sich lediglich nach der Form, aber nicht nach Inhalt und Rang. Gesetze im Sinne des heutigen Staatsrechts sind demnach nicht allein die Regierungsgesetze, Reichstagsgesetze und sog. Volksgesetze, sondern auch die Führerverordnungen, Führererlasse und solche Führerbefehle, die sich an die Gesamtheit oder einen Teil des Volkes wenden[6]). Die Wesensgleichheit

Willenskundgebungen des Führers beschränken, die sich ausdrücklich die Bezeichnung Gesetz beilegen u. in dem dafür vorgesehenen Verfahren zustandegekommen sind. Als Grund gibt er an, daß „nur so eine Zerreißung des Gesetzesbegriffes, die an die überwundene, auf der politischen Struktur des liberalen Staates beruhende Zweiteilung in Gesetz im formellen u. materiellen Sinne erinnere, vermieden. Aehnlich spricht sich auch die Schriftleitung der Deutschen Juristenzeitung in DJZ. 1935/185 aus. Demgegenüber stimme ich dem Beschluß des LG. Kiel v. 29. 11. 1934 (DJZ. 1935-18) u. 186 zu. In diesem Beschluß wird ausgeführt, daß auch die Anordnungen des Führers, die er als Oberster SA-Führer erläßt, Gesetze sein können, die für die Gerichte bindend sind. Eine Zerreissung des Gesetzesbegriffs folgt aus dieser Ansicht keineswegs mit zwingender Notwendigkeit. Der Gesetzesbegriff ist hier eben der Oberbegriff für die Rechtsregeln des Führers, die sich je nach der gewählten Form verschieden benennen. Von einer Unterscheidung von formellem u. materiellem Gesetz könnte also höchstens noch im Verhältnis der Rechtsregeln des Führers u. der auf Ermächtigung beruhenden Rechtsregeln der RM.er u. Verwaltungsbehörden usf. gesprochen werden. Dabei muß man sich aber klar sein, daß das formelle Gesetz der irgendwie geformte Plan u. Wille des Führers ist, während das materielle Gesetz auch die auf einer Ermächtigung beruhenden Rechtsregeln umfaßt. Vogl. auch das in Anmerkung 6 angegebene Schrifttum.

[6]) Das Gesetz ist grundsätzlich allgemein. Es wird jedoch nicht verkannt, daß Einzelgesetze möglich sind. Huber, („Verfassung" 1937/130, 137 u. 138) sagt mit Recht, daß Einzelgesetze dort möglich sind, „wo ein Sachverhalt nach rechtlicher Ordnung verlangt, der so einzigartig ist, daß er sich jeder Zusammenfassung mit anderen Tatbeständen entzieht". Vom echten Einzelgesetz sind aber die in Gesetzesform gekleideten Verwaltungsakte zu scheiden. Der Verwaltungsakt bleibt Verwaltungsakt, auch wenn er in Gesetzesform gekleidet ist. Denn durch die Vereinigung der Staatsgewalt in der Hand des Führers wurde die Unterscheidung von formellem u. materiellem Gesetz, soweit wenigstens die Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers in Frage stehen, beseitigt. Vgl. hierzu Huber, „Verfassung" 1937/130; Koellreutter, „Grundriß der Allgemeinen Staatslehre", Tübingen 1933/95; Scheuner, RVerw. Bl. 1934/514; Dennedde, „Werdendes Staatsrecht", Z.f.ges.St.W.Bd. 95/348 f.. Demgegenüber sieht Fauser, Arch.ö.R. NF. 26/138 f., in der Allgemeinheit des Gesetzes ein wesentliches Wesensmerkmal des Gesetzes, so daß für ein Einzelgesetz kein Raum ist. Zum selben Ergebnis gelangt auch Tatarin-Tarnheyden, „Werdendes Staatsrecht" S. 160/161.

von Regierungsgesetz und Führerverordnung wurde besonders von Hanno Bossung[7]) überzeugend nachgewiesen. Was aber für die Führerverordnung gilt, gilt auch für die sonstigen Anordnungen des Führers, soweit dieselben Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen. Der Führer bedient sich zwar in der Regel der Regierungsgesetze und der Führerverordnungen. Er kann jedoch seinen Willen auch in jede andere Form kleiden. Eckhardt macht hierzu treffende Ausführungen, die, soweit sie in diesem Zusammenhange wesentlich erscheinen, wiedergegeben werden sollen[8]). Er sagt u. a.: „Führerentscheidungen können nun entweder als Gesetze gefaßt sein, d. h. in die Form eines Beschlusses der Reichsregierung oder des Reichstages gekleidet werden oder als Verordnungen, die vom Führer selbst gezeichnet sind, herausgehen. Der Führer wird sich in aller Regel einer dieser beiden Formen bedienen. Gebunden ist er jedoch an sie keineswegs. Das kann nur verkennen, wer Form und Wesen nicht zu scheiden weiß, wer in Reichsregierung und Reichstag selbständige gesetzgebende Körperschaften erblickt, von deren gutem Willen der Führer abhängig wäre, statt eine ihm verschworene Gefolgschaft, die stolz ist, schon an so hervorragender Stelle dienen zu können. Die Beschlußfassung im Reichstag ist eine besonders feierliche Form der

---

[7]) Hanno Bossung, „Der Vierjahresplan u. das Verordnungsrecht", RVerw. Bl. 1937/115 f..

[8]) So auch Rothenberger, „Die Rechtsquellen im neuen Staat" DJZ. 1936/25 u. „Aufgaben der Rechtspflege" in der Deutschen Rechtspflege 1936 S. 505/506; Frank: Leitsätze, in der Deutschen Rechtspflege 1936/10: „Gegenüber Führerentscheidungen, die in die Form eines Gesetzes oder einer VO. gekleidet sind, steht dem Richter kein Prüfungsrecht zu. Auch an sonstige Entscheidungen des Führers ist der Richter gebunden, sofern in ihnen der Wille, Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kommt"; Crohne, „Die Verbote der Internationalen Bibelforschervereinigung sind rechtsgültig" DJ. 1935/1144 f.; Freisler: „Richter u. Gesetz", „Die Verwaltungsakademie", I Gr. 2 Beitrag 17; Schmelzeisen, Das Recht im n. s. Weltbild, Leipzig 1936/54 u. 55; Dreher, JW. 1934/1949; Stratenwerth, „VO. u. VO.recht" 1937/137: allerdings mit der Einschränkung, daß es sich dann nicht um Gesetze handle; Hildebrandt, „Formalismus im bürgerlichen Recht", Akademie f.D.R., 1934/353 f. u. „Rechtsfindung im neuen Deutschen Staate", Berlin u. Leipzig 1935/47.

A. A.: Koellreutter, „Deutsches Verfassungsrecht" 2. Aufl. 1935 Berlin, S. 56, „Die Verwaltungsakademie" I Beitr. 15 u. 16; Lange, „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat" 1934/25; Krug, DJ. 1934/933.

Rechtssetzung und dokumentiert vor der ganzen Welt, daß der Wille des Führers der Wille des deutschen Volkes ist; mitnichten stellt sie aber eine parlamentarische Prüfung dar, ob einer Führerentscheidung Gesetzeskraft verliehen oder verweigert werden solle. Daher sind Führerentscheidungen, die nicht in die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, wenn der Führer bei der Bekanntgabe unzweideutig zum Ausdruck bringt, daß sie nach seinem Willen verbindliche Kraft haben sollen, in gleicher Weise für den Richter bindend wie der andere Rechtssatz." Eine Führerentscheidung, die eindeutig zu erkennen gibt, daß sie allgemeinverbindliche Kraft haben soll, steht demnach einem in der Form des Regierungsgesetzes usf. ergangenen Akt des Führers gleich[9]). Es darf freilich nicht verkannt werden, daß die Grenzziehung gegenüber einfachen Führerworten, Führerreden und Führerprogrammen eine Fülle von Schwierigkeiten bietet. Das entbindet den Richter aber keineswegs von der Pflicht, diese Grenzziehung vorzunehmen. Er wird dabei äußerst sorgfältig und gewissenhaft verfahren müssen. Eine dem Gesetz gleichstehende Führerentscheidung wird stets dann vorliegen, wenn eine formlose Anordnung des Führers bestimmte, unmittelbar anwendbare Rechtssätze enthält. Einen weiteren Anhaltspunkt findet der Richter in der besonders feierlichen Mitteilung und Bekanntmachung einer derartigen Führerentscheidung. Sie wird in der Regel nur anläßlich bedeutsamer Kundgebungen und damit vor dem ganzen deutschen Volke verkündet werden.

Bull[10]) nimmt nun offenbar an, daß das Parteiprogramm eine derartige Führerentscheidung sei und daher Gesetzeskraft besitze. Er sagt nämlich: „Was wir sonach als Recht erkennen, sind neben jenen aus der vergangenen Zeit übernommenen, vom Führer geduldeten Normen und den von seiner Regierung gesetzten die wesentlichen Grundsätze des Nationalsozialismus, die keiner Paragraphierung bedürfen, um zu gelten und zwar als Gesetz zu gelten". Da

[9]) Eckhardt, „Richteramt" in „Deutsche Rechtswissenschaft" 1936 S. 131.

[10]) Bull, „Gemeinnutz u. geltendes Recht", DR. 1935/180.

die wesentlichen Grundsätze der n.s. Weltanschauung im Parteiprogramm enthalten sind, so muß aus den Worten von Bull gefolgert werden, daß nach seiner Ansicht das Parteiprogramm als Führerentscheidung dem Gesetz gleichstehe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß Programme keine Gesetze sind. Programme sind Wegweiser für die Gestaltung der Lebensordnung eines Volkes in der Zukunft und sie dienen in der Gegenwart zur Auslegung der schon vorhandenen positiven Rechtsordnung. Würde man den Programmen Gesetzeskraft beimessen, so würde das Ziel als erreicht unterstellt werden, das erst noch erreicht werden soll[11]).

Beispiele solcher Führerentscheidungen, die dem geschriebenen Gesetz gleichstehen, liegen wohl bislang nicht vor[12]). Das darf aber nicht dazu führen, die Möglichkeit solcher Führerentscheidungen schlechthin zu verneinen. Denn wenn auch der Führer seinen Willen regelmäßig in den gebräuchlichen Formen des Gesetzes und der VO. kundtun wird, so ist er doch an diese Form nicht gebunden. Die Führerentscheidung als Rechtserkenntnisquelle kann deshalb nicht geleugnet werden. Ist aber die Führerentscheidung als Rechtserkenntnisquelle zu werten, so lassen sich hieraus für das hier behandelte Problem wichtige Erkenntnisse gewinnen. Der Richter ist dann verpflichtet, nachzuprüfen, ob überhaupt eine Führerentscheidung vorliegt. Daraus ergibt sich, daß er keinesfalls einer Rechtsregel des Reichsgesetzgebers, die nicht ordnungsmäßig verkündet ist, die Rechtsgültigkeit absprechen darf. Denn eine

[11]) Vgl. Barth, „Gedanken zur Rechtspolitik", DR. 1935/222 u. 223; Frank, Rede auf der Schlußkundgebung des Deutschen Juristentages 1936 in DR. 1936/215 u. Frank in JW. 1936/1518; Maunz in Deutsches Verw.recht v. Dr. Hans Frank 1937/64; Lobe, Arch.ö.R 1937/198; Rothenberger, „Die Rechtsquellen im neuen Staat", DJZ. 1936/23 u. 24, u. „Aufgaben der Rechtspflege" in der D. Rechtspflege 1936/506; Schlegelberger, „Ein Volk erlebt sein Recht" DJ. 1936/298; Freisler, „Recht u. Gesetzgeber" DJ. 1936/156; C. Schmitt, „Nationalsozialismus u. Rechtsstaat" Deutsche Verwaltung 1934/40 u. „Aufgabe u. Notwendigkeit des deutschen Rechtsstaates", DR. 1936/184; Kurt Emig, „Der Begriff der Verfassung im heutigen Deutschen Recht", Z.f.ges.St.W.Bd. 95/488; Sommer, DJZ. 1936 Sp. 593 f.; Krauß, DJZ. 1936 Sp. 620 f..

[12]) Rothenberger, („Aufgaben der Rechtspflege", Deutsche Rechtspflege 1936/506) will in dem Führerbefehl vom 30. 1. 1934 eine solche Führerentscheidung sehen.

solche Rechtsregel enthält eine Führerentscheidung und mit dieser Feststellung ist das Prüfungsrecht des Richters erschöpft. Von ähnlichen Erwägungen ließ sich offenbar auch Laforet leiten. Nach seiner Ansicht ist das richterliche Prüfungsrecht mit der Feststellung der Unterschrift des Führers unter dem anzuwendenden Gesetz erschöpft. Diesem Ergebnis ist beizustimmen, soferne Laforet die Gesetzesurkunde (Original) selbst meint. Denn der Richter hat in Zweifelsfällen festzustellen, ob die Gesetzesurkunde selbst vom Führer unterzeichnet ist. Mit dieser Feststellung ist allerdings sein Prüfungsrecht erschöpft. Die Ansicht von Laforet zeigt jedoch die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Rechtsregeln des Führers nicht in vollem Umfange auf. Das Gesetz ist der irgendwie geformte Wille des Führers. Dementsprechend muß der Richter auch ein Regierungsgesetz oder eine Führerverordnung zur Anwendung bringen, wenn die Unterschrift des Führers unter dem betr. Gesetz fehlt, soferne der Richter nur feststellt, daß eine Führerentscheidung vorliegt. Endlich hat der Richter in jedem Einzelfall zu prüfen, ob nicht eine den betreffenden Gegenstand regelnde Führerentscheidung vorliegt, auch wenn sie nicht in den Formen des geschriebenen Rechts ergangen ist.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist nun dahin zusammenzufassen: Der Richter darf dem Willen des Führers keinesfalls mit dem Hinweis auf einen formalen Mangel der anzuwendenden Rechtsregel die Anwendung versagen. Der Richter hat vielmehr stets in Zweifelsfällen nachzuprüfen, ob das was sich als Wille des Führers ausgibt, tatsächlich auch vom Führer stammt.

§ 18. Die Unterscheidung von Gesetz und Verordnung im neuen Staat.

Im geschichtlichen Teil dieser Untersuchung war gezeigt worden, daß sich der Gegensatz von Gesetz und VO. im Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts entwickelt hat. Ungern, aber zwangsläufig hatte man der vollziehenden Gewalt die der Lehre von der Gewaltenteilung und -hemmung zuwi-

derlaufende Befugnis einräumen müssen, allgemeinverbindliche Rechtsnormen zu erlassen. Rechtssätze, die in Freiheit und Eigentum des Einzelnen eingreifen, sollten ja nach dieser Lehre grundsätzlich nur in der Form des Gesetzes, geschaffen von dem hierzu ausschließlich berufenen Träger der gesetzgebenden Gewalt, ergehen. Denn nur dann glaubte man den Einzelnen vor Willkür sicher und seine Freiheitssphäre gegen Uebergriffe des Staates geschützt. Mußte man aber der vollziehenden Gewalt einerseits eine Rechtssetzungsbefugnis einräumen, so sollte sich andererseits diese Befugnis doch auch in möglichst engen Grenzen halten. Die Grenzen sind gekennzeichnet durch die Begriffe des Vorbehalts und des Vorranges des Gesetzes[1]). Darnach durften die Regierung und die Verwaltung Rechtssätze, die in Freiheit und Eigentum des Einzelnen eingreifen, nur insoweit aufstellen, als das Gesetz es gestattete. Die Rechtssetzungsbefugnis der vollziehenden Gewalt war mit anderen Worten in jedem Einzelfall an eine gesetzliche Ermächtigung geknüpft (Vorbehalt des Gesetzes). Dementsprechend nahm das Gesetz unter den Rechtsquellen eine überragende Stellung ein. Das Gesetz war die ursprüngliche, alles übrige gesetzte Recht abgeleitete Rechtsquelle. Die überragende Bedeutung des Gesetzes wurde als Vorrang des Gesetzes bezeichnet[2]). Die Unterscheidung der vom Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt geschaffenen Rechtsnormen fand ihren Ausdruck in der unterschiedlichen Bezeichnung „Gesetz“ und „Verordnung“. Die Verordnungen schied man wiederum in Rechts- und Verwaltungsverordnungen. Während die Rechtsverordnung uneingeschränkt unter dem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes stand, nahm die Verwaltungs-VO. eine gewisse Sonderstellung ein. Die Verwaltungs-VO. stand unter dem Vorrang aber nicht unter dem Vorbehalt des Gesetzes; demnach bedurfte sie einer gesetzlichen Ermächtigung nicht. Sie richtete sich ausschließlich an die Verwaltung und enthielt weder einen Rechtssatz noch Recht. Denn unter Rechtssätzen verstand man lediglich Normen, die in Freiheit und Eigentum des

[1]) Lehre von Otto Mayer, „Deutsches Verwaltungsrecht“, 2. Aufl. 1914, Bd. 1 S. 65.

[2]) O. Mayer, a.a.O. S. 65 u. 68.

Einzelnen eingreifen, und unter Recht verstand man ein Beziehungssystem zwischen Einzelpersönlichkeiten. Der Verwaltung wurde deshalb zur Regelung ihrer Organisation und ihrer eigensten Belange die Befugnis zum Erlaß von VO.en zugebilligt, die einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung nicht bedurften. Die beiden Unterscheidungen Gesetz und VO., Rechts- und Verwaltungs-VO. beruhten somit auf der Lehre von der Gewaltenteilung und -hemmung in Verbindung mit dem Rechtssatzbegriff als der Freiheits- und Eigentumsformel.

Auch im neuen Staat wird die Bezeichnung „Verordnung" für zahlreiche Rechtsregeln verwendet. Der Verordnungsbegriff des neuen Staates kann aber unmöglich dieselbe Bedeutung haben wie im Zeitalter des konstitutionellen und des liberaldemokratischen Verfassungsstaates. Die Lehre von der Gewaltenteilung und -hemmung als politischem Prinzip ist beseitigt. Die Staatsgewalt ist vereinigt in der Hand des Führers. Die Vereinigung der gesamten Staatsgewalt in einer Hand schließt jedoch die Trennung der Gewalten und ihre Verteilung auf verschiedene Träger unter dem Führer nicht aus. Eine derartige Verteilung der Gewalten auf verschiedene Träger erfolgt im neuen Staat nicht mehr in Befolgung eines politischen Prinzips, sondern allein aus Zweckmäßigkeitserwägungen organisatorischer und technischer Art[3]). Solange aber die Verteilung der Gewalten bestehen bleibt, muß die vollziehende Gewalt die Befugnis haben, Rechtssätze allgemeinverbindlichen Inhalts zu erlassen. Zwar ist es grundsätzlich die alleinige Aufgabe des Führers, das Recht in Rechtsregeln auszuprägen. Denn die Rechtsregeln sind das bedeutsamste Mittel der Führung. Bei der Vielgestaltigkeit und Mannigfaltigkeit der Lebensordnung des Volkes ist jedoch der Führer mitunter genötigt, sich auf die Erteilung von Richtlinien zu beschränken. Die Ausgestaltung im Einzelnen überläßt er dann mehr oder weniger weitgehend den mit der Durch-

[3]) Eduard Kern, „Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts" 1936/8: „Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist als politisches Prinzip verlassen. Die Gewaltenteilung hat nur noch technische Bedeutung". Diese Ansicht wird im Schrifttum allgemein geteilt.

führung seiner Pläne betrauten Unterführern. Dies geschieht durch Ermächtigung zum Erlaß von VO.en. Hieraus folgt, daß es im neuen Staat keine Rechtsregel gibt, die nicht letzten Endes auf den Willen des Führers zurückzuführen ist. Die VO.en sind also den Akten des Führers untergeordnet. Ihre Zweitrangigkeit ist Ausdruck der Bindung an den Führerwillen. Die Begriffe Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes besitzen demgemäß auch im neuen Staat einen Sinn. Dieser Sinn liegt nicht mehr in der Abgrenzung der Befugnisse des Parlaments von dem Zuständigkeitsbereich der vollziehenden Gewalt. Er ist vielmehr darin zu erblicken, daß gegen den Willen des Führers nichts, mit dem Willen des Führers aber alles geschehen darf[4]). Die VO. ist demnach im Gegensatz zum Gesetz keine unmittelbare Entscheidung der Führung. Inhaltlich unterscheidet sie sich vom Gesetz dadurch, daß sie lediglich zur Durchführung der vom Führer im Gesetz gegebenen politischen Richtlinien und Entscheidungen bestimmt ist[5]). Ferner ist hervorzuheben, daß der Gegensatz zwischen Rechts- und VerwaltungsVO. nicht mehr besteht. Dieser Gegensatz beruhte ja auf dem Umstand, daß angeblich nur die RechtsVO. Rechtssätze enthielt. Der VerwaltungsVO. wurde dagegen die

[4]) Maunz, „Deutsches Verwaltungsrecht" v. Dr. Hans Frank 1937/62 f., wendet sich gegen den Begriff „Gesetzmäßigkeit" der Verwaltung; damit lehnt er auch zwangsläufig die Begriffe Vorrang u. Vorbehalt des Gesetzes ab. An die Stelle der „Gesetzmäßigkeit" sei die „Rechtmäßigkeit" der Verwaltung getreten. Praktisch kommt er jedoch zum selben Ergebnis; denn auch er betont die Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Zahlreiche Wissenschaftler u. Schriftsteller halten denn auch an den alten Begriffen fest, wobei sie alle richtig erkennen, daß diese Begriffe im neuen Staat einen neuen Inhalt haben. Vgl. L. v. Köhler, „Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts" 1935/49; Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/168; Lauer, RVerw. Bl. 1934/706; auch Köttgen gelangt im wesentlichen zum selben Ergebnis: „Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Führerstaat", RVerw. Bl. 1935/457 f.; Scheuner, „Das VO.recht der Länder nach dem Gesetz über den Neuaufbau des Reiches" RVerw. Bl. 1934/514; Nebinger, „Zur Handhabung der Polizeigewalt" in Württ.Z.f. Verwaltung u. Verwaltungsrechtspflege 1934/149; Ule, „Das besondere Pflichtenverhältnis im Wandel der Staatsidee" RVerw. Bl. 1934/649; Nicolai, „Neuaufbau des Reichs" S. 52; Frank, JW. 1934/88; Schmitt, „Nationalsozialismus . . ." D. Verw. 1934/39; Stratenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich", Berlin 1937/143.

[5]) Scheuner, „Gesetz u. Einzelanordnung" S. 27/28; sowie Arch.ö.R.NF. 24/307 u. 308.

Rechtssatzeigenschaft abgesprochen, weil sie sich ausschließlich an die Institution „Verwaltung" richtete. Demgegenüber bedeutet heute die Befugnis zum Erlaß von VO.en stets die Ermächtigung zur Ausprägung des Rechts in dem vom Führer gesteckten Rahmen. Stratenwerth[6]) sagt deshalb mit Recht: „Das entscheidende Wesensmerkmal liegt nicht darin, daß die eine VO. Recht schafft, die andere nicht". Denn auch die Verwaltungs-VO. ist Ausprägung des Lebensrechtes des Volkes; auch sie dient dem Aufbau und der Verwirklichung der Volksgemeinschaft[7]). Will man also die Bezeichnung VerwaltungsVO. beibehalten, so muß man sich darüber im Klaren sein, daß diese Bezeichnung heute nicht mehr einen Gegensatz zur Rechtsverordnung zum Ausdruck bringen kann, sondern lediglich den von der VO. geregelten Gegenstand kennzeichnet[8]). Horst Mundt[9]) schlägt deshalb ganz allgemein vor, alle VO.en nach ihrer Zweckbestimmung zu benennen. Der Begriff „Rechtsverordnung" selbst ist überlebt. Die Verwaltungsverordnung enthält nach der heutigen Auffassung ebenfalls Rechtssätze. Der Vorschlag von Mundt ist unter diesen Umständen nur zu begrüßen. Stratenwerth[10]) will den Begriff „Rechtsverordnung" durch den Begriff „Gemeinverordnung" ersetzen. Denn die Rechtsverordnung regle Volksrecht, die Verwaltungsverordnung regle Amtsrecht. Da sich die Rechtsverordnung an die Allgemeinheit richte im Gegensatz zur VerwaltungsVO., so werde ihr Wesen durch die Bezeichnung „Gemeinverordnung" am besten gekennzeichnet. Soweit das Bedürfnis nach einem Oberbegriff für eine ganze Gruppe von VO.en besteht, erscheint denn auch der Vorschlag von Stratenwerth durchaus empfehlenswert. Das eine kann jedenfalls

---

[6]) Stratenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich" 1937/147.

[7]) Maunz in „Verwaltungsrecht" v. Dr. Hans Frank 1937/64.

8) Koellreutter, „Deutsche Verfassung" 1936/57.

[9]) Mundt, „Die Verwaltungsverordnung" Diss. Göttingen 1936/104.

[10]) Stratenwerth a.a.O.S. 147.

Denn auch die Verw.VO. enthält Recht. Die Unterscheidung zwischen den sog. RechtsVO.en u. den Verw.VO.en liegt dagegen in der Verschiedenheit des geregelten Gegenstandes. Diese Verschiedenheit soll denn auch nicht geleugnet werden. Gerade aus der Anerkennung des Unterschiedes erklären sich ja auch die oben genannten Vorschläge.

mit Sicherheit gesagt werden, daß der Begriff RechtsVO. irreführend ist und daher nach Möglichkeit vermieden werden sollte.

Abschließend ist nun festzustellen, daß Gesetz und VO. sich nach Rang, Inhalt und Form unterscheiden[11]). Das Gesetz ist — wie wir gesehen haben — der irgendwie geformte Plan und Wille des Führers. Die VO. ist demgegenüber eine auf den Willen des Führers zurückzuführende, aber nicht von ihm selbst getroffene, allgemeine Anordnung der Unterführung. Mit anderen Worten: Das Gesetz ist das Rechtsgebot des Führers; die VO. ist dagegen ein Rechtsgebot der Unterführer[12]).

Dieser VO.begriff erleidet jedoch eine Einschränkung. Wie schon früher ausgeführt wurde, fällt auch die Führerverordnung unter den heutigen Gesetzesbegriff. Vom Regierungsgesetz, Reichstagsgesetz und sog. Volksgesetz unterscheidet sie sich lediglich nach der Form, aber nicht nach Rang und Inhalt[13]). Daraus folgt, daß die Führerverordnung in Wahrheit überhaupt keine VO. ist. Wenn trotzdem der Begriff „Führerverordnung" zur Bezeichnung gewisser Führerakte, gebraucht wird, so hat dies seinen bestimmten Grund. Die Bezeichnung „Führerverordnung" wird für die gesetzgeberischen Akte des Führers gewählt, die in die Form einer VO. gekleidet sind. Die Form der VO. wird aber häufig verwendet, weil sie noch einfacher ist, als die an sich schon sehr vereinfachte Form des Regierungsgesetzes. Die Brauchbarkeit des VO.begriffes wird allerdings durch die Einführung des Begriffes „Führerverordnung" beeinträchtigt. Eine Bestimmung des VO.begriffs, die alle als VO.en bezeichnete Rechtsregeln umfassen würde, ist jedenfalls heute nicht mehr möglich[14]).

---

[11]) Hanno Bossung, „Der Vierjahresplan u. das VO.recht" S. 117.

[12]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Stratenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich" S. 1 f..

[13]) Hanno Bossung a.a.O. S. 115 f.; Maunz in Deutsches Verwaltungsrecht v. Dr. Hans Frank, S. 64: „In der Führerverordnung offenbart sich ebenso ein bereits Rechtsgebot gewordener Plan des Führers wie im Gesetz"; Höhn, DR. 1935/296 f..

[14]) Vgl. O. Koellreutter, „Deutsche Verfassung" 1936/57.

§ 19. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Verordnungen der Reichsminister.

Das VO.recht der Reichsminister (RM.) findet seine Begründung im Willen des Führers. Die VO.en der RM. sind deshalb gegenüber den Akten des Führers zweitrangig[1]). Es ist nun zu untersuchen, ob aus der Zweitrangigkeit der VO.en der RM. folgt, daß der Richter zuständig ist, sie auf ihre Uebereinstimmung mit den höherrangigen Akten der Führung nachzuprüfen. Die Bejahung einer solchen richterlichen Prüfungszuständigkeit erscheint auf den ersten Blick durchaus naheliegend und bestechend[2]). Das LG. Berlin und das KG. bejahten denn auch stillschweigend in ihren Beschlüssen vom 8. Oktober 1935 und vom 12. 12. 1935[3]) die Zuständigkeit des Richters zur Nachprüfung, ob sich die VO. eines RM. im Rahmen der ihr zugrundeliegenden gesetzlichen Ermächtigung hält. Das LG. Berlin versagte sogar einer VO. des Reichsfinanzministers (RFM.) teilweise die Anwendung, weil der RFM. nur zur „Durchführung und Ergänzung" der RAbg. O. ermächtigt sei. Er dürfe also nicht neue Tatbestände, die über den vom Gesetz klarbestimmten und umschriebenen Tatbestand hinausgingen, schaffen. Das LG. Berlin folgte demnach der im vergangenen Staat herrschenden Lehre von

[1]) Vgl. Fauser, Arch.ö.R.NF. 26/152; Weber, Akademie d.D.R. 1937/87; Reitis, a.a.O. S. 56/57; Heckel, Deutsches Verwaltungsblatt 1935 S. 163; Stratenwerth, „VO. u. VO.recht" S. 143 bes. 144. Viel zu weit geht das LG. Dresden in seinem Urt. v. 18. 3. 1935 in JW. 1935/1949. Das LG. will in dieser Entsch. eine Anordnung des RMd. Innern, die nicht einmal in der für VO.en vorgeschriebenen Form verkündet worden war, dem Gesetz gleichstellen. Wir haben in dieser Untersuchung festgestellt, daß eine Führerentscheidung, die nicht in eine der gebräuchlichen Formen gekleidet ist, dem Gesetze gleichsteht u. auch Gesetz ist. Was aber für einen Akt des Führers gilt, braucht nicht für die VO. eines RM. zu gelten. Die Anm. von Dreher, der dem Urteil in vollem Umfang zustimmt, übersieht, daß die Reichsregierung u. der einzelne Reichsminister nicht gleichgesetzt werden dürfen. Er mußte demnach mit dem LG. in Dresden zu einem unrichtigen Ergebnis gelangen.

[2]) Wegen der Zweitrangigkeit der VO. der RM. wird das richterliche Prüfungsrecht bejaht von Weber, Akademie d. DR. 1937/87; Schöne, Arch. ö. R. NF. 25/283; Lobe, Arch. d. ö. R. 1937/215 f. bes. S. 216: „Das Prüfungsrecht ist ein der Pflicht zur Anwendung einer Rechtsnorm begrifflich innewohnender Bestandteil"; Merk, „Verfassungsschutz" S. 659; Bornhak, Arch. ö. R. NF. 25/350 u. 351.

[3]) JW. 1935/3124 u. JW. 1936/197 f..

der Ausführungsverordnung[4]), nach der eine Durchführung und Ergänzung der Gesetze sich im Rahmen des Gesetzes halten mußte, und die Schaffung neuer Tatbestände durch VO. für unzulässig gehalten wurde. Das KG. stellte demgegenüber mit Recht fest, daß ein derart weitgehendes richterliches Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der RM. heute schon deshalb ausgeschlossen ist, weil als Ergänzung sich nicht nur solche Vorschriften darstellen, die zur näheren Ausgestaltung der im Gesetz bereits enthaltenen Bestimmungen dienen, sondern auch erweiternde Vorschriften[5]). Den weiteren Ausführungen des KG. kann jedoch nicht in vollem Umfang beigepflichtet werden. Denn der Richter ist auch nicht zuständig, nachzuprüfen, ob sich eine Ergänzung des Gesetzes in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes hält und ob für eine Ergänzung des Gesetzes überhaupt Raum ist im Hinblick auf die mehr oder weniger abschließende Regelung einer Frage durch das betr. Gesetz selbst[6]).

Einem derartigen richterlichen Prüfungsrecht steht zunächst häufig der Umstand entgegen, daß die gesetzliche Ermächtigung so allgemein gefaßt ist, daß für eine Nachprüfung, ob die VO. sich in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes hält, keine Möglichkeit besteht[7]). Als Beispiele seien genannt der Art. 5 des Neuaufbaugesetzes

[4]) Vgl. L. v. Köhler, „Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts" S. 73 f..

[5]) Vgl. z. Bsp. das Gesetz v. 13. 9. 1933 (RGBl. I S. 626): Der gesamte Aufbau des Reichsnährstandes wurde im VO.wege geregelt.

[6]) Reitis (a. a. O. S. 56) kommt der Ansicht des KG. sehr nahe, wenn er ausführt: „Die Prüfungsbefugnis könnte somit höchstens dahin gehen, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage vorhanden u. der betr. Ressortminister für die Regelung wirklich zuständig war". Denn gerade die Forderung der Zuständigkeitsnachprüfung bedeutet das Verlangen, daß der Richter sich in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes halten müsse. Diese Nachprüfung bleibt aber nach der hier vertretenen Ansicht allein dem Führer vorbehalten. Aehnlich wie Reitis auch Horst Mundt, „Die Verwaltungsverordnung", S. 107: „VO.en der RM. werden nur in Hinsicht auf die Einhaltung der Ermächtigung, nicht aber auf die Uebereinstimmung mit bestehenden Rechtsvorschriften geprüft, da diese als politische Regierungsakte richterlicher Nachprüfung entzogen sind". Auch die Ansicht von H. Mundt scheint mir noch zu weitgehend.

[7]) Vgl. auch Kurt Emig, „Z. f. d. ges. St. W. Bd. 95/483 f..

vom 30. I. 1934: „Der Reichsminister des Innern erläßt die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften". Ferner sei verwiesen auf die VO. zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 18. 10. 1936 (RGBl. I S. 887). Es heißt dort: „Die Durchführung des Vierjahresplanes übertrage ich dem Ministerpräsidenten Generaloberst Göring. MPräs. GO. Göring trifft die zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben erforderlichen Maßnahmen und hat soweit die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften". In beiden Fällen beschränkt sich die Ermächtigung nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet. Der ermächtigte RM. kann vielmehr je nach Bedarf in die verschiedensten Rechtsgebiete regelnd eingreifen, um den betr. Plan des Führers erfolgreich zu verwirklichen. In den genannten beiden, sowie in allen ähnlichen Fällen wird den betr. Reichsministern ein erhebliches Stück Gesetzgebungsbefugnis übertragen. Die auf dieser Grundlage erlassenen VO.en können dementsprechend einer richterlichen Nachprüfung überhaupt nicht unterliegen. Die sonstigen VO.en der RM. können aber vom Richter höchstens insoweit nachgeprüft werden, als er festzustellen hat, ob der VO. überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung zugrundeliegt. Diese Prüfungsbefugnis wird man dem Richter zubilligen müssen. Denn — wie wir schon früher gesehen haben — sind alle VO.en (mit Ausnahme der Führerverordnungen) gegenüber den Akten des Reichsgesetzgebers zweitrangig und bedürfen stets um der Einheit der Führung willen einer gesetzlichen Grundlage. Ein weitergehendes Prüfungsrecht kann jedoch dem Richter auch den sonstigen VO.en der RM. gegenüber nicht zugestanden werden, obwohl die zugrundeliegende Ermächtigung das VO.recht des RM. auf ein ganz bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt. Solche auf ein ganz bestimmtes Rechtsgebiet beschränkte Ermächtigungen sind beispielsweise in § 3 des Reichsbürgergesetzes und § 6 des Blutschutzgesetzes enthalten. Dem Reichsminister des Innern wird in diesen Gesetzen die Befugnis erteilt, die zur Durchführung und Ergänzung dieser Gesetze erforderlichen Rechts- und Verwaltungsverordnungen zu erlassen. Dort erscheinen die vom KG. aufgeworfenen Fragen, ob

sich die zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes dienenden VO.en innerhalb der Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes halten und ob das Gesetz eine Frage noch nicht abschließend geregelt hat, scheinbar durchaus berechtigt. An diese Art von Ermächtigungen hat denn auch das KG. offenbar bei seinen Ausführungen gedacht. Gegen eine derart weitgehende richterliche Nachprüfung spricht zunächst die Erwägung, daß den Reichsministern in zahlreichen Gesetzen mehr oder weniger umfangreiche Ermächtigungen erteilt werden. Alle diese Ermächtigungen vereint bedeuten, daß die RM. in weitem Maße an der Ausprägung des Lebensrechtes des deutschen Volkes unmittelbar verantwortlich beteiligt sind. Es ist ihnen damit — ganz abgesehen von den umfassenden Ermächtigungen — ein erhebliches Stück Rechtsausprägungsbefugnis überlassen. Ein weiterer Grund, auf den besonders Höhndorf in seiner Anmerkung zu dem Beschluß des KG. hinweist, dürfte noch bedeutsamer sein[8]). Höhndorf weist nämlich darauf hin, daß das enge Treue- und Vertrauensverhältnis, das den Führer mit seinen Ministern verbinde, nicht durch die Nachprüfung der Anordnungen des Ministers kontrolliert werden könne[9]). [10])Das enge Vertrauensverhältnis, das zwi-

[8]) Höhndorf in DR. 1936/201.

[9]) Lobe, Arch.ö.R. 1937/216 f. wendet sich gerade mit Entschiedenheit gegen dieses Argument. Er sagt hierzu: „Aus dem Umstand, daß der Minister der Vertrauensmann des Führers ist, folgt keineswegs dessen Befugnis, schlechthin u. unbeschränkt VO.en zu erlassen, sondern immer nur auf dem Gebiet und in dem Rahmen u. Umfang, in dem ihn Kraft seines Vertrauens der Führer hierzu besonders ermächtigt hat". Die Richtigkeit dieses Satzes läßt sich denn auch nicht bestreiten. Denn zweifellos dürfen die RM. VO.en nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit u. der erteilten Ermächtigung erlassen. Eine andere Frage ist es aber, wer nachprüfen darf, ob der RM. sich in den Grenzen seiner Befugnisse gehalten hat. Diese Frage kann aber nur dahin beantwortet werden, daß der Richter gegenüber den VO.en der RM. praktisch ein Nachprüfungsrecht nicht besitzt. Die im Text angegebenen Gründe lassen ein solches richterliches Prüfungsrecht schlechterdings nicht zu. Wenn Lobe zur Begründung seiner Ansicht auch hier auf das Gesetz über die Rechtmäßigkeit von VO.en u. Verwaltungsakten v. 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 530) hinweist, so vermag diese Begründung keineswegs zu überzeugen. Denn gegenüber den durch dieses Gesetz berührten VO.en wird ein richterliches Nachprüfungsrecht nahezu allgemein anerkannt. Im übrigen gilt das in § 16 Anm. 53 S. 89 Gesagte auch hier.

[10]) Der Verfasser ist sich dabei bewußt, daß zahlreiche An-

schen dem Führer und seinen Ministern besteht, macht es auch verständlich, daß der Führer grundlegende und entscheidende Pläne seinen Ministern zur Ausgestaltung und Durchführung überläßt. Es ist der Grund, warum den RM.n durch so zahlreiche gesetzliche Ermächtigungen die Befugnis zu einer weitgehenden Mitwirkung bei der Ausprägung des Lebensrechtes des Volkes eingeräumt wird. Die RM. sind eben mit dem Führer, als seine Berater, eng verbunden. Sie wissen am besten darüber Bescheid, wie der Führer die weitere Ausgestaltung seiner Pläne und Gesetze durchgeführt haben will. Der Richter ist demgegenüber wohl selten in der Lage, den wahren Willen des Führers und Gesetzgebers in solch vollkommener Weise und zweifelsfrei zu erkennen. Er darf sich deshalb auch nicht anmaßen, die Anordnungen der Ratgeber des Führers zu kontrollieren. Ein Eingriff des Richters, der darin bestehen würde, daß er einer VO. eines RM.s die Anwendung versagen und damit die Rechtsgültigkeit absprechen würde, könnte ungewollt zu einer Sabotage des Führerwillens führen. Es bleibt deshalb allein dem Führer überlassen, die VO.en der RM. auf ihre Uebereinstimmung mit dem Gesetz und der erteilten Ermächtigung nachzuprüfen. Der an sich auch heute noch geltende Grundsatz[11]), daß der Richter zweitrangige Rechtsnormen auf ihre Uebereinstimmung mit höherrangigen Rechtsregeln nachprüfen darf, wird hier durch besondere Umstände durchbrochen. Die weitgehende Befugnis der RM., an der Ausgestaltung und dem Aufbau der Volksgemeinschaft mitzuwirken, verleiht ihren

---

ordnungen eines RM. mit einem umfangreichen Ressort, die als solche „des Ministers" herausgehen, vom RM. lediglich mit der Unterschrift versehen sind. In einem modernen Großstaat ist das anders nicht möglich. Das im Text vertretene Ergebnis wird dadurch nicht geändert. Dasselbe gilt, wenn die Anordnung im Auftrage oder in Vertretung des RM. erlassen wurde. Es ist Sache des RMs., die Zuverlässigkeit seiner Mitarbeiter zu prüfen. Ist die Anordnung als solche „des RMs." herausgegangen, so trägt der RM. die Verantwortung. Der Richter darf auch aus den im Texte angeführten Gründen ein Nachprüfungsrecht gegenüber solchen Anordnungen nicht vornehmen.

[11]) Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Bedürfnis, die Einheit der Führung sicherzustellen, sowie aus der Forderung, daß der Richter in erster Linie den Akten des Führers Gehorsam zu leisten hat.

Maßnahmen die Bedeutung von politischen Entscheidungen, die denen des Reichsgesetzgebers oftmals an Bedeutsamkeit nicht viel nachstehen[12]). Der Richter kann deshalb auch höchstens nachprüfen, ob der RM. sich überhaupt auf eine gesetzliche Ermächtigung berufen kann. Dies wird wohl stets der Fall sein, so daß der Richter praktisch ein materielles Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der RM. nicht besitzt. Den VO.en der RM. stehen aber die Anordnungen solcher Unterführer gleich, die durch ein ähnliches Treue- und Vertrauensverhältnis, das Führer und RM. verbindet, mit dem Führer verbunden sind. Das trifft zu für den Beauftragten des Vierjahresplanes, auch wenn er nicht gleichzeitig ein RM. wäre. Denn bei der ungeheueren Bedeutung dieses Planes muß er in einem ganz besonders engen Vertrauensverhältnis zum Führer stehen. Seine Anordnungen sind einer richterlichen Nachprüfung schlechthin entzogen, zumal die gesetzliche Ermächtigung in der VO. vom 18. 10. 1936 (RGBl. I S. 887) enthalten ist. Das Gleiche gilt auch für die Anordnungen des durch das Gesetz vom 29. 10. 1936 (RGBl. I S. 927) eingesetzten Reichskommissars für die Preisbildung[13]). Es hätte demnach der Vorschrift des § 6 I des genannten Gesetzes nicht bedurft, nach dem die auf Grund dieses Gesetzes ergehenden Anordnungen für die Verwaltungsbehörden und Gerichte bindend sind. Wenn dies trotzdem ausdrücklich bestimmt wurde, so nur um jeden Zweifel von vornherein auszuschließen.

---

[12]) Scheuner, „Gesetz u. Einzelanordnung", Jena 1935 S. 28 u. RVerw.Bl. 1936/442 u. Arch. d. ö. R. NF. 24/179 u. 344 lehnt die Nachprüfung der VO.en der RM. durch den Richter auf ihre Gesetzmäßigkeit hin schlechthin ab. Die VO.en der RM. seien als politische Regierungsakte der richterlichen Nachprüfung entzogen. So auch Tigges, „Die Stellung des Richters im modernen Staat" 1935/178 Anm. 122; Fauser, Arch. d. ö. R. NF. 26/153; Stratenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich" S. 150/151: „Aus dem Prinzip der Führung folgt, daß politische Regierungsakte dem richterlichen Prüfungsrecht schlechthin entzogen sind".

[13]) Der Reichskommissar ist nämlich nach § 1 Abs. 3 dem Beauftragten für den Vierjahresplan unterstellt; nach § 3 d. G. schlägt er dem Beauftragten f. d. Vierjahresplan die zur Durchführung des Ges. erforderlichen RechtsVO.en u. allgemeinen Verwaltungsvorschriften vor. Die Anordnungen des Reichskommissars stehen demnach den Anordnungen des Beauftragten des Vierjahresplanes gleich.

Höhndorf will nun dem Richter im Hinblick auf das enge Treue- und Vertrauensverhältnis, das Führer und RM. verbindet, das Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der RM. schlechthin absprechen. Der Richter dürfte also nicht einmal das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung nachprüfen[14]). Dem kann jedoch nicht in vollem Umfange zugestimmt werden. Denn, es sei nochmals wiederholt, auch die VO.en der RM. sind zweitrangig. Sie sind eben keine unmittelbare Akte des Führers. An diesem Ergebnis vermag auch das zwischen Führer und RM.n bestehende besondere Treue- und Vertrauensverhältnis nichts zu ändern. Aus dem Grundsatz der Einheit der Führung folgt aber, daß jeder Anordnung der Unterführer eine gesetzliche Ermächtigung zu Grunde liegen muß. Das Vorliegen einer solchen Ermächtigung hat der Richter festzustellen. Wie schon oben betont wurde, besteht praktisch gegenüber der Ansicht von Höhndorf allerdings kein erheblicher Unterschied. Denn auf irgendeine Ermächtigung wird sich der betr. RM. wohl stets berufen können. Wenn trotzdem der Ansicht von Höhndorf nicht schlechthin beigestimmt wird, so zunächst einmal aus dem Grunde, weil die Möglichkeit der richterlichen Prüfung der VO. eines RM. auf dem Vorhandensein einer gesetzlichen Ermächtigung besteht und deshalb auch einmal praktisch werden kann. Dieser Grund ist jedoch keineswegs ausschlaggebend. Denn wegen dieses höchst unwahrscheinlichen Ausnahmefalles allein könnte unmöglich an dieser so geringfügigen Prüfungsbefugnis des Richters festgehalten werden. Sehr viel bedeutsamer erscheint aber der Umstand, daß die Befugnis des Richters, das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung nachprüfen zu dürfen, den Wesensunterschied, der zwischen den Akten des Führers und den Akten der RM. besteht, deutlich erkennen läßt. Es kann deshalb auch nicht der Vorwurf erhoben werden, daß es sinnlos sei, eine Prüfungsbefugnis zu bejahen, die kaum

[14]) Vgl. auch Reinhard in Deutscher Steuerzeitung v. 20. 4. 1935 S. 490; Roger Diener in DR. 1936/201: „Für das richterliche Prüfungsrecht ist im n.s. Staat kein Raum"; Hempfing in Ak. d. DR. 1936/683 u. 684: „Ein Nachprüfungsrecht des Richters von Anordnungen des Reichswirtschaftsministers auf Grund des Zwangskartellgesetzes ist nicht gegeben"; Stratenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich" S. 150/151.

jemals praktisch werden dürfte. Kann dadurch der Wesensunterschied zwischen den VO.en der RM. einerseits und den Akten des Führers, insbesondere den Führerverordnungen andererseits aufgezeigt werden, so ist das Festhalten dieser Prüfungsbefugnis durchaus berechtigt. Denn das Vorhandensein dieser Prüfungsbefugnis ist bedeutsam für die Bestimmung und Unterscheidung staatsrechtlicher Begriffe. Unter diesen Umständen kann es auch nicht gleichgültig sein, ob man — wie hier — den Richter für zuständig hält, das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung nachzuprüfen oder ob man die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den VO.en der RM. schlechthin verneint. Deshalb ist es auch nicht richtig, wenn Höhndorf die Akte der RM. einfach den Akten des Führers gleichsetzt. Dieser Fehler mußte ihn allerdings dazu führen, das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der RM. schlechthin auszuschließen[15]).

Neben diesem praktisch wenig bedeutsamen materiellen Prüfungsrecht besteht für den Richter noch eine formelle Prüfungszuständigkeit. Für sämtliche VO.en der Unterführer und der verschiedenen Behörden gilt ganz allgemein das Erfordernis, daß sie entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen bekannt gemacht sein müssen, um wirksam zu sein[16]). Denn allein der Führer als Reichsgesetzgeber ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Für die vom Führer zum Erlaß von Rechtsregeln Ermächtigten gilt dies insoweit nicht, als sie auf Grund einer Ermächtigung von der gesetzlich vorgeschriebenen Form abweichen dürfen[17]). Insoweit hat denn auch der Richter das Recht, die Uebereinstimmung der VO. eines RM. mit der gesetzlichen Ermächtigung nachzuprüfen[18]). Der Richter hat insbesondere

[15]) Vgl. Höhndorf, DR. 1936/202.

[16]) Die VO.en des Reichs müssen auf Grund des Gesetzes v. 13. Okt. 1923 (RGBl. I S. 959) in der Regel im Reichsgesetzblatt, im Reichsministerialblatt oder im Deutschen Reichsanzeiger verkündet sein. Die VO.en zur Durchführung des Vierjahresplanes sind gemäß der 2. VO. z. Durchführung des Vierjahresplanes v. 5. 11. 1936 (RGBl. I S. 936) zu veröffentlichen.

[17]) Das Gleiche gilt bei zulässiger Subdelegation.

Es handelt sich auch hier um ein formelles Prüfungsrecht; denn es wird ja die Form der VO. d. RM.s. nachgeprüft. Wollte man

in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die anzuwendende VO. eines RM. ordnungsmäßig verkündet ist. Stellt er dabei fest, daß die VO. nicht ordnungsmäßig verkündet ist, so hat er ihr die Anwendung zu versagen.

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist somit kurz zusammengefaßt Folgendes: Der Richter ist zuständig, die VO.en der RM. und diesen gleichbedeutende VO.en daraufhin zu prüfen, ob ihnen überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung zu Grunde liegt. Ferner hat er zu prüfen, ob diese VO.en ordnungsmäßig verkündet sind. Insoweit darf er auch die Uebereinstimmung der VO. mit der gesetzlichen Ermächtigung nachprüfen.

§ 20. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen Verordnungen.

Die Rechtsprechung der Gerichte bejaht — wie schon früher ausgeführt wurde — das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden einmütig. Der Richter ist darnach zuständig, nachzuprüfen, ob sich eine VO. im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält und ferner ob sie mit dem Gesetz übereinstimmt. Eine Ausnahme wird lediglich bei den VO.en gemacht, die staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit enthalten. Im Schrifttum gehen die Ansichten demgegenüber stark auseinander. Während beispielsweise Weber[1]) die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber sämtlichen VO.en (mit Ausnahme der vom Führer geschaffenen VO.en) mit dem Hinweis auf ihre Zweitrangigkeit grundsätzlich bejaht[2]), so wird sie von Fauser ebenso entschieden verneint. Fauser leugnet zwar keineswegs die Zweitrangigkeit der VO.en; er ist aber der Ansicht, daß die richterliche Nachprüfung der VO.en trotz

hier ein materielles Prüfungsrecht annehmen, so würde man gleichzeitig die Möglichkeit eines formellen Prüfungsrechts schlechthin verneinen. Ein materielles Prüfungsrecht liegt vor, wenn der Inhalt einer Rechtsregel nachgeprüft wird; ein Formelles dagegen, wenn die Form einer Rechtsregel nachgeprüft wird.

[1]) Weber, Akademie f. Deutsches Recht 1937/87.

[2]) Vgl. auch Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/187 u. 188.

ihrer Zweitrangigkeit durch die Vereinigung der Staatsgewalt in einer Hand ausgeschlossen sei[3]). Der Ansicht von Fauser kann ebensowenig zugestimmt werden wie derjenigen von Weber. Ausgangspunkt ist zunächst die Tatsache der Zweitrangigkeit der VO.en. Aus dem Grundsatz der Einheit der Führung im n.s. Staat folgt sodann — wie Weber richtig festgestellt hat — die grundsätzliche Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en. Denn der Richter hat in erster Linie den Akten des Führers Gehorsam zu leisten. Er hat also den VO.en, die mit den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers in Widerspruch stehen, regelmäßig die Anwendung zu versagen. Dabei darf man aber nicht stehen bleiben. Es muß nun weiterhin beachtet werden — was Weber nicht genügend berücksichtigt —, daß das richterliche Prüfungsrecht durch besondere Umstände eingeschränkt oder überhaupt ausgeschlossen werden kann. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts wurde schon bei der Erörterung des Problems des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber den VO.en der RM. dargelegt. Auch im Schrifttum finden sich vielfach mehr oder weniger deutliche Hinweise[4]). Dementsprechend muß der Richter in jedem Einzelfall prüfen, ob nicht Umstände vorliegen, die seine Prüfungszuständigkeit einschränken oder überhaupt ausschließen. Solche Umstände waren beispielsweise in einem besonders engen Treue- und Vertrauensverhältnis zum Führer und in allgemeinen und umfassenden Ermächtigungen zum Erlaß von VO.en gefunden worden. Die VO.en der verschiedenen Verwaltungen beruhen aber weder (wenigstens in der Regel nicht) auf einer allgemeinen und umfassenden Ermächtigung, noch haben sie ihre Grundlage in einem besonders engen Treue- und Vertrauensverhältnis zum Führer. Ein besonderer Umstand, der das richterliche Prüfungsrecht ausschließen würde, kann aber nicht — wie Fauser meint — in der Vereinigung der

[3]) Fauser, Arch. ö. R. NF. 26/153: „Nachdem eine einheitliche Reichsgewalt geschaffen ist u. Gesetzgebung u. Regierung in einer Hand vereinigt sind, kann die Frage der Anerkennung oder Nichtanerkennung einer generellen Norm nunmehr innerhalb der Führerhierarchie entschieden werden".

[4]) Besonders deutlich Höhndorf, DR. 1936/201 u. 202; vgl. auch Horst Mundt, a. a. O. S. 107.

Staatsgewalt in der Hand des Führers erblickt werden. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich aus dieser Tatsache das genaue Gegenteil. Denn die Vereinigung der Staatsgewalt in einer Hand war die Verwirklichung des Grundsatzes der Einheit der Führung. Der Grundsatz der Einheit der Führung bedingt aber den Satz, daß der Richter in erster Linie den Akten und Rechtsregeln des Führers Gehorsam zu leisten hat. Der von Fauser angeführte Beweisgrund schlägt also nicht durch. Darauf weist auch O. Reitis mit Recht hin[5]). Es ist nicht einzusehen, warum der Richter verpflichtet sein soll, beispielsweise eine Polizei-VO. zur Anwendung zu bringen, von der er genau weiß, daß ihr die gesetzliche Grundlage fehlt und daß sie mit höherrangigen Rechtsregeln in Widerspruch steht. Der Rechtsprechung ist deshalb beizupflichten, wenn sie den Richter grundsätzlich für zuständig hält, die VO.en der verchiedenen Verwaltungsbehörden und die Rechtsregeln der Körperschaften des öffentlichen Rechts daraufhin nachzuprüfen, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten und ob sie mit höherrangigen Rechtsregeln in Einklang stehen[6]). Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Der Richter darf keinesfalls solche VO.en der verschiedenen Verwaltungen nachprüfen, die staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit zum Gegenstand ihrer Regelung haben. Eine allgemeine Bestimmung und Abgrenzung der besonders bedeutsamen staatspolitischen Maßnahmen läßt sich allerdings nicht geben. Immerhin sollen einige Gesichtspunkte allgemeiner Art angegeben werden, die der Feststellung, ob es sich im gegebenen Falle um bedeutsame staatspolitische Maßnahmen handelt, dienen können. So sagt Schack[7]), es müsse sich um Akte handeln, die das Bestehen und die Sicherheit des Staates und der diesen tragenden Einrichtungen zum Gegenstand haben. Lauer[8]) meint, es handle sich um staatspolitische Führerentscheidungen und ihre Verwirklichung und nicht um allgemeinpolitische Durchführungs-

[5]) Reitis, a.a.O. S. 57.

[6]) Vgl. auch Horst Mundt, a. a. O. S. 107.

[7]) Schack, „Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Staat", RVerw.Bl. 1934/593.

[8]) Lauer, RVerw.Bl. 1935/171.

handlungen. C. Schmitt[9]) kennzeichnet sie als Akte, die unmittelbar die Erreichung der Ziele der Staatsführung bezwecken. Scheuner[10]) gelangt zu der Feststellung, daß staatspolitische Akte immer dann vorliegen, wenn politische Erwägungen im Vordergrund stehen. Sehr viel kann diesen Hinweisen freilich nicht entnommen werden. Nur das Eine läßt sich jedenfalls mit Sicherheit sagen, daß der Richter solche VO.en nicht nachprüfen darf, die der Durchsetzung lebenswichtiger, staatlicher Notwendigkeiten dienen. Dies wird von der Rechtsprechung[11]) und dem Schrifttum[12]) weithin anerkannt. Die Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en der verschiedenen Verwaltungen erleidet aber noch eine weitere Beschränkung. Der Richter ist nämlich auch nicht befugt, die „Verwaltungsverordnungen" zu überprüfen. Zwei besondere Umstände schließen hier das materielle Prüfungsrecht des Richters schlechthin aus. Bei der Unterscheidung von Gesetz und VO. wurde schon darauf hingewiesen, daß die Verwaltungsverordnung einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung nicht bedarf. Das galt im früheren Staat; es gilt aber auch heute noch. Denn nach wie vor besteht für die Bedürfnisse der Verwaltung eine generelle Ermächtigung zum Erlaß von Verwaltungs-VO.en. Damit entfällt aber von vornherein die Befugnis des Richters, nachzuprüfen, ob sie sich im Rahmen

---

[9]) Schmitt, RVerw.Bl. 1935/405.

[10]) Scheuner, Arch. d. ö. R. NF. 24/343 f., sowie RVerw.Bl. 1936-441: „Die Gerichte u. die Prüfung politischer Staatshandlungen".

[11]) Vgl. oben § 10 Anmerkung 6.

[12]) Vgl. Scheuner, „Die Gerichte u. die Prüfung politischer Staatshandlungen" RVerw.Bl. 1936/441 u. das dort in Anmerkung 24 angegebene Schrifttum. Bemerkenswert sind vor allem die Abhandlungen von Schack in RVerw.Bl. 1934/593 f. u. von Lauer, RVerw.Bl. 1935/171. Ergänzend seien noch Folgende genannt: Dannbeck im n.s. Handbuch für Recht u. Gesetzgebung v. Dr. Hans Frank, S. 435/436: „Freiheit der Persönlichkeit"; Rolf Stödter, „Verfassungsproblematik u. Rechtspraxis", Arch. ö. R. 27/206 u. 207: Er spricht von staatspolitischen Maßnahmen besonderer Art; Strathenwerth, „VO. u. VO.recht im Deutschen Reich" 1937 S. 150-151, will das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den VO.en der RM. ausschließen, weil es sich um politische Akte handle, die der Richter nicht nachprüfen dürfe. Im übrigen dürfe aber der Richter die VO.en überprüfen. Dabei übersieht aber Stratenwerth, daß es auch neben den VO.en der RM. noch VO.en gibt, die staatspolitische Akte von besonderer Bedeutsamkeit enthalten.

der gesetzlichen Ermächtigung hält[13]). Eine zweite Erwägung tritt ergänzend hinzu[14]). Die Verwaltungs-VO. dient der Aufrechterhaltung des staatlichen Betriebs[15]). Sie wird von der vorgesetzten Behörde erlassen und ist in der Regel an die untergeordnete Behörde gerichtet. Auf Grund des bestehenden Ueber- und Unterordnungsverhältnisses sind die untergeordneten Behörden an die in der Verwaltungs-VO. enthaltenen Anordnungen und Anweisungen gebunden. Daraus folgt, daß es alleinige Aufgabe der Verwaltung sein muß, die im Rahmen ihrer eigensten Belange erlassenen VO.en auf ihre Mängel hin zu überprüfen und gegebenenfalls die entsprechenden Folgerungen zu ziehen.

Es bleibt somit noch die Frage der formellen Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en der verschiedenen Verwaltungsbehörden. Soll eine derartige VO. Dritte binden, so muß sie in irgendeiner Weise veröffentlicht und bekannt gemacht werden. Die Art und Weise der Verkündung wird — wie schon bei den VO.en der RM. ausgeführt wurde — durch Gesetz und sonstige Rechtsregeln bindend vorgeschrieben. Wird die vorgeschriebene Form der Verkündung nicht eingehalten, so vermag die VO. Dritten gegenüber keine Wirkungen zu äußern; sie ist also rechtsungültig. Darüber hinaus muß die VO. auch etwaigen sonstigen für das Zustandekommen zwingend vorgeschriebenen Voraussetzungen genügen. Der Richter hat deshalb im Einzelfall nachzuprüfen, ob die VO. in den vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Formen gegeben wurde. Zu den zwingend vorgeschriebenen Formen zählt aber regelmäßig die Art und Weise der Verkündung.

Als Ergebnis ist nun festzustellen, daß der Richter zuständig ist, die VO.en der verschiedenen Verwaltungen daraufhin nachzuprüfen, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten und ob sie nicht mit höherrangigen Rechtsregeln im Widerspruch stehen. Er hat ferner

[13]) Vgl. Horst Mundt, a. a. O. S. 107.
[14]) Vgl. besonders Reitis, a. a. O. S. 58 u. Mundt, a. a. O. S. 107.
[15]) Sie wendet sich nicht unmittelbar an Dritte; sie enthält innerdienstliche Anweisungen.

nachzuprüfen, ob sie in den zwingend vorgeschriebenen Formen gegeben wurden, insbesondere ob sie ordnungsmässig verkündet wurden. Eine Ausnahme gilt für die VO.en, die staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit zum Gegenstand haben. Gegenüber derartigen VO.en besitzt der Richter keine materielle Prüfungszuständigkeit. Das Gleiche gilt für die Verwaltungsverordnungen. Ihre Nachprüfung, und bei Feststellung von Mängeln ihre Zurücknahme, bleibt ausschließlich der Verwaltung selbst überlassen.

§ 21. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesgesetzen.

Das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Landesgesetzen (LG.en) zerfällt in zwei Teilprobleme. Diese Scheidung ergibt sich aus dem Umstand, daß es zwei verschiedene Arten von LG.en gibt. Man muß unterscheiden, LG.e, die auf Grund des durch das Neuaufbaugesetz vom 30. 1. 1934 geschaffenen Rechtszustandes ergingen und LG.e, die auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes erlassen wurden. Wie wir gesehen haben, trägt auch das RG. dieser Verschiedenheit Rechnung. Es behandelt und beantwortet die beiden Teilprobleme durchaus verschieden. Wenden wir uns nun zunächst dem letztgenannten Teilproblem zu. In dem Urteil vom 15. Oktober 1935[1]) hat der III. Z.S. des RG. die Frage stillschweigend bejaht, ob der Richter ältere LG.e, d. h. LG.e, die auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes ergingen, auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht prüfen darf. Dieser Entscheidung ist beizustimmen. Das Bedürfnis, LG.e auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht nachzuprüfen, war nach der n.s. Revolution zunächst eher größer als kleiner geworden. Den Landesregierungen war durch das sogenannte erste Gleichschaltungsgesetz vom 31. 3. 1933 die den Landesparlamenten zustehende Gesetzgebungsbefugnis weitgehend übertragen worden. Die Gefahr vom Reichsrecht abweichender und mit ihm in Widerspruch befindlicher LG.e war damit gegeben. Diese Gefahr wurde auch nicht durch das sog. Reichs-

[1]) RGZ. 149/51 f. bes. S. 60/61.

statthaltergesetz vom 7. 4. 1933 hinreichend beseitigt, obwohl die LG.e nun vom Reichsstatthalter ausgefertigt und verkündet wurden. Denn die Einheit der Führung auf dem Gebiete der Gesetzgebung war damit allein noch nicht restlos verwirklicht. Der Grundsatz der Einheit der Führung ist es also, der die richterliche Nachprüfung der älteren LG.e damals gebot und auch heute noch gebietet. Ausgangspunkt des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den älteren LG.en ist die Tatsache ihrer Zweitrangigkeit. Der Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht" gilt auch heute noch[2]). Daraus folgt, daß Reichsrecht und Landesrecht sich dem Range nach nicht gleichstehen. Es liegt nun nahe, aus der Rangverschiedenheit von Reichs- und Landesrecht zu folgern, daß der Richter zuständig sei, die Uebereinstimmung der LG.e mit dem Reichsrecht nachzuprüfen. Weber[3]) gelangt denn auch auf Grund der Feststellung der Rangverschiedenheit zur grundsätzlichen Bejahung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den LG.en, ja überhaupt gegenüber allen zweitrangigen Rechtsregeln. Dabei läßt er jedoch außer Acht, daß besondere Umstände dazu führen können, das richterliche Nachprüfungsrecht auch gegenüber zweitrangigen Rechtsregeln auszuschließen[4]). Demnach muß zunächst geprüft werden, ob nicht besondere Umstände vorliegen, die die richterliche Nachprüfung der älteren LG.e verbieten. Sie könnten insbesondere darin liegen,

[2]) Weber wendet sich in der Z.d.Ak.d.DR. 1937/87 mit Entschiedenheit gegen die Weitergeltung des Satzes „Reichsrecht bricht Landesrecht". Er meint, dieser Satz gehöre zu den Requisiten des Bundesstaates. Dem kann nicht zugestimmt werden. Dieser Satz entspricht durchaus der n. s. Weltanschauung. Seine Weitergeltung folgt aus dem von Weber in folgenden Worten zitierten Grundsatz der Einheit der Führung: „Es gibt in dem heutigen Führerstaate keine rechtssetzende Stelle, die mit dem Führer in Konkurrenz treten u. den von ihm erlassenen Gesetzen den unbedingten Vorrang streitig machen kann". Dabei mag die Frage zunächst noch offen gelassen werden, ob der betr. Satz als Art. der WRV. gilt, oder als einfaches Gesetz.

[3]) Weber, Z.d.Ak.d.DR. 1937/87.

[4]) Vgl. hierzu Fauser, Arch.d.ö.R.NF. 26/152: „Mit der Feststellung, daß das Reichsrecht gegenüber dem Landesrecht u. ebenso grundsätzlich auch das Gesetz gegenüber der VO. „höhere Norm" ist, ist aber noch nicht gesagt, daß der Richter berufen sei, etwaige Zweifel darüber zu entscheiden, ob ein LG. mit dem Reichsrecht in Einklang steht u. ob eine VO. sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält".

daß die Einheit der Führung bei dem Zustandekommen der LG.e ausreichend sichergestellt wäre und somit ein Widerspruch zwischen Landes- und Reichsrecht so gut wie unmöglich wäre. Dies trifft jedoch — wie schon oben bemerkt wurde — bei den älteren LG.en nicht zu. Sonstige Umstände, die das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den älteren LG.en ausschließen würden, liegen nicht vor. Es kann deshalb nicht zweifelhaft sein, daß der Richter zuständig ist, die Uebereinstimmung der älteren LG.e mit dem Reichsrecht nachzuprüfen[5]).

Die weitere Frage, ob der Richter die älteren LG.e auf die Einhaltung der Formalien des Gesetzgebungsverfahrens hin überprüfen darf, ist insoweit zu bejahen, als der Richter die ordnungsgemäße Verkündung derartiger LG.e festzustellen hat. Diese Prüfungsbefugnis des Richters ergibt sich aus der Zweitrangigkeit der LG.e. Denn alle zweitrangige Rechtsregeln müssen in den für sie zwingend vorgeschriebenen Formen gegeben sein. Aus diesem für alle zweitrangigen Rechtsregeln geltenden Grundsatz darf aber nicht gefolgert werden, der Richter habe auch nachzuprüfen, ob das betr. LG. mit der von der Landesverfassung vorgeschriebenen Parlamentsmehrheit zustandegekommen ist. Einer derartigen Prüfung steht entgegen, daß der Geltungsgrund der vor der Machtergreifung erlassenen LG.e nicht in einem Parlamentsbeschluß, sondern in der Uebernahme durch den n.s. Reichsgesetzgeber zu erblicken ist. Bei den nach der n.s. Machtergreifung, aber vor Inkrafttreten des Neuaufbaugesetzes erlassenen LG.en verbietet schon die Einfachheit des Gesetzgebungsverfahrens ein weitergehendes Prüfungsrecht. Das formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den älteren LG.en ist demgemäß auf die Nachprü-

[5]) A.A. offenbar O. Reitis, a.a.O. S. 46: „Vor Erlaß des Neuaufbaugesetzes waren die Länder politisch selbständige Faktoren, so daß ihre Maßnahmen als solche politischer Organe nur schwer eine Nachprüfung vertragen hätten, da für sie die gleichen n. s. Prinzipien zur Anwendung zu bringen waren, wie für andere politische Organe des Reichs, also z. Bsp. dem Reichsgesetzgeber. Die Folge wäre demnach gewesen, daß die Kontrolle der Gesetze als unstatthaft betrachtet werden mußte". Dazu ist zu bemerken, daß gerade das Führerprinzip die richterliche Nachprüfung der älteren LG.e gebot. Besondere Umstände, die das richterliche Prüfungsrecht ausschließen würden, liegen nicht vor. (Vgl. hierzu Text).

fung der ordnungsmäßigen Verkündung dieser LG.e beschränkt[6]).

Das Neuaufbaugesetz vom 30. 1. 1934 (RGBl. I S. 75) hat nun einen neuen Rechtszustand geschaffen. Nach Art. 2 Abs. I dieses Gesetzes gingen die Hoheitsrechte der Länder, einschließlich des Gesetzgebungsrechtes, auf das Reich über. Die Wahrnehmung der Hoheitsrechte wurde durch § 1 der VO. vom 2. 2. 1934 (RGBl. I S. 81) zur Ausübung im Namen und im Auftrag des Reiches auf die Länder zurückübertragen, soweit das Reich von diesen Rechten keinen Gebrauch mache. Der Staatscharakter der Länder ist damit beseitigt; sie sind Verwaltungsbezirke des Reiches geworden[7]). Die auf Grund dieses Rechtszustandes erlassenen LG.e (neuere LG.e) sind demnach nichts anderes als kraft reichsrechtlicher Delegation erlassenes regionales Reichsrecht[8]). Aus diesem Grunde werden sie auch mitunter Reichsrecht im engeren Sinne genannt[9]). Der reichsrechtliche Charakter wird unterstrichen durch die doppelte Kontrolle unmittelbarer Reichsbehörden. Die LG.e bedürfen nämlich nach § 3 der VO. vom 2. 2. 1934 der Zustimmung des zuständigen RM.s und nach § 6 des Reichsstatthaltergesetzes vom 30. 1. 1935 werden sie vom Reichsstatthalter ausgefertigt und verkündet. Es erscheint jedoch nicht zutreffend, wenn diese LG.e — wie es vielfach geschieht — als regionale Reichsgesetze gekennzeichnet werden[10]). Denn das Wesen dieser LG.e hat mit dem Wesen der Reichsgesetze nur weniges gemeinsam. Dies wird von den Vertretern dieser Ansicht stillschweigend selbst zugegeben, wenn sie noch hinzufügen, daß es sich aber nicht um spezielle Reichsgesetze, sondern um Rechtsregeln handle, die den unmittelbaren Führerakten im Range nachstünden. Reichsgesetze sind

[6]) Fauser, Arch.ö.R.NF. 26/152.

[7]) Vgl. Nicolai, „Weltbild" 3. Aufl. S. 32 u. 33.

[8]) Vgl. Nicolai, „Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz v. 30. I. 1934" Berlin 1934 S. 50 u. „Weltbild" S. 32; Merk, Verfassungsschutz, S. 634; Scheuner, RVerw. Bl. 1934/515; Huber, Verfassung, 1937/131 f.; Meißner-Kaisenberg, „Staats- u. Verwaltungsrecht" S. 103.

[9]) Reitis, a.a.O. S. 43.

[10]) Vgl. Nicolai, „Neuaufbaugesetz" S. 50; Scheuner, RVerw. Bl. 1934 S. 515; RGZ. III. ZS., Urt. v. 28. 7. 1936 in Ak.d.DR. 1937/87.

stets unmittelbare Entscheidungen des Führers und zwar gleichgültig, ob es sich um Regierungsgesetze, Reichstagsgesetze oder sog. Volksgesetze handelt. Denn sie alle sind Plan und Wille des Führers. Will man eine Begriffsverwirrung vermeiden, so wird man die Kennzeichnung der LG.e schon ihrem wahren Wesen entsprechend geben müssen. Die richtige Erfassung des Wesens der LG.e ist auch für die Beantwortung des Problems des richterlichen Prüfungsrechts von entscheidender Bedeutung. Aus dem Umstand, daß die LG.e, die der reichsministeriellen Zustimmung bedürfen, nicht unmittelbare Akte der Reichsführung sind, folgt nämlich zweierlei. Zum einen, daß diese LG.e den Akten des Reichsgesetzgebers im Range nachstehen; zum anderen, daß sie alle Merkmale der VO.en tragen[11]). Beachtet man ferner den Umstand, daß sie der reichsministeriellen Zustimmung bedürfen, so kann man genauer sagen, die LG.e tragen den Charakter von VO.en der RM.. An diesem Ergebnis ändert auch nichts die Tatsache, daß diese Rechtsregeln als „Landesgesetze" bezeichnet werden. Denn entscheidend ist nicht die Bezeichnung, sondern das Wesen einer Rechtsregel[12]). Die Zweitrangigkeit der neueren LG.e führt wiederum zu der Frage, ob der Richter sie auf ihre Vereinbarkeit mit den Akten des Reichsgesetzgebers hin prüfen darf. Der III. Z.S. des RG. hat dies in seinem Urteil vom 28. Juli 1936 mit dem Hinweis auf das Erfordernis der reichsministeriellen Zustimmung und auf den Umstand, daß die LG.e vom Reichsstatthalter nach Zustimmung der Reichsregierung ausgefertigt und verkündet werden, verneint. Für eine richterliche Prüfung sei daneben weder Raum noch Bedürfnis. Der Entscheidung des III. Z.S. des RG. ist im Ergebnis beizustimmen. Zwar wendet sich Weber[13]) mit beachtlichen Gründen gegen die grundsätzliche Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den neueren LG.en[14]). Sie sind aber nicht durchschlagend. Es ist unzweifelhaft richtig, wenn Weber sagt,

[11]) Vgl. Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht" 1937/176; Wider, „Württ.Z.f.Verwaltung u. Verwaltungsrechtspflege", 1935/187.
[12]) Vgl. Huber, „Verfassung" 1937/130. Damit wird aber nicht gesagt, daß die LG. nun VO.en der RM. sind.
[13]) Weber in Z.Ak.d.DR. 1937/87.
[14]) Vgl. auch Merk, „Verfassungsschutz" S. 649.

„daß es in dem heutigen Führerstaate keine rechtssetzende Stelle gibt, die mit dem Führer in Konkurrenz treten und den von ihm erlassenen Gesetzen den unbedingten Vorrang streitig machen kann". Damit ist aber noch lange nicht erwiesen, daß gerade der Richter dazu berufen ist, die Vereinbarkeit zweitrangiger Rechtsnormen mit dem übergeordneten Reichsrecht nachzuprüfen. Besondere Umstände können — wie schon wiederholt ausgeführt wurde — dazu führen, dem Richter die Nachprüfung zweitrangiger Rechtsnormen zu verbieten. Derartige Umstände liegen aber — wie auch das RG. hervorhebt — in dem Erfordernis der reichsministeriellen Zustimmung und in der Ausfertigung und Verkündung der LGe. durch den Reichsstatthalter nach erfolgter Zustimmung der Reichsregierung. Das Erfordernis der reichsministeriellen Zustimmung verleiht ja dem LG. den Charakter der VO. eines RM.s. Die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber LG.en ist demnach nicht anders zu beantworten wie die Frage, ob der Richter zuständig sei, die VO.en der RM. auf ihre Vereinbarkeit mit den Akten des Reichsgesetzgebers nachzuprüfen. Bei der Beantwortung des letztgenannten Problems wurde darauf hingewiesen, daß die richterliche Nachprüfung der VO.en der RM. praktisch so gut wie ausgeschlossen ist. Der Richter darf nämlich lediglich prüfen, ob überhaupt eine Ermächtigung vorliegt. Die Gründe, die zu diesem Ergebnis führten, brauchen nicht wiederholt zu werden. Bei den neueren LG.en ist aber die gesetzliche Ermächtigung den RM.n durch § 3 Abs. 1 der Neuaufbauverordnung übertragen. Daraus folgt, daß das materielle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den neuen LG.en, soferne die reichsministerielle Zustimmung vorliegt, ausgeschlossen ist[15]).

[15]) A.A. Weber in Z.d.Ak.f.DR. 1937/87 u. 88; Schöne, Arch.ö.R. NF. 25/284. Sie bejahen das richterliche Prüfungsrecht im Hinblick auf die Zweitrangigkeit der LG.e. Weber macht eine Ausnahme nur für den Fall, daß der zuständige RM. ermächtigt ist, in seinem Geschäftsbereich von den Reichsgesetzen abzuweichen. In diesem Falle müsse sich der Richter allerdings mit der Feststellung der erfolgten reichsministeriellen Zustimmung begnügen.

Fauser (Arch.ö.R.NF. 26/153) u. Reitis, a.a.O. S. 45) gelangen zu dem hier vertretenen Ergebnis; sie lehnen demnach das materielle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den neuen LG.en ab. Die Begründung dieses Ergebnisses weicht jedoch teilweise er-

heblich von der hier gegebenen ab. Zunächst ist es nicht einzusehen, inwiefern der Umstand, daß die Landesregierungen der Reichsregierung unterstellt sind, gegen die materielle Nachprüfung der LG.e sprechen soll (Fauser, a.a.O. S. 152). Dieser Umstand spricht viel eher für als gegen das materielle Prüfungsrecht des Richters. Denn der Grundsatz der Einheit der Führung gebietet, daß der Richter die politischen Entscheidungen des Führers in erster Linie beachtet. Es kommt also m. E. nicht auf die Tatsache der Unterstellung der L.Reg. unter die RReg. an, sondern auf die Art u. Weise der Ausgestaltung des Unter- u. Ueberordnungsverhältnisses L.Reg.-RReg.. Auch die Tatsache der Beseitigung des Staatsgerichtshofes besagt nichts gegen das richterliche Prüfungsrecht. Zwar ist Fauser darin beizustimmen, daß Streitigkeiten zwischen Reich u. Ländern nicht mehr denkbar sind. Die richterliche Nachprüfung der LG.e könnte denn auch keinesfalls den Zweck haben, Streitigkeiten zwischen Reich u. Ländern auszutragen; sie könnte vielmehr nur bezwecken, den Willen des Führers gegen abweichende Anordnungen untergeordneter Behörden durchzusetzen. Endlich spricht die Tatsache der Vereinigung der gesamten Staatsgewalt in der Hand des Führers wiederum viel eher für als gegen das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den zweitrangigen LG.en. Wie wir gesehen haben, schließt dieser Umstand sicherlich die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber Führerakten aus. Der Grundsatz der Einheit der Führung führt aber — wie schon wiederholt betont wurde — gegenüber zweitrangigen Rechtsregeln zur Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die dem richterlichen Prüfungsrecht entgegenstehen. Wie zweifelhaft diese von Fauser u. teilweise auch von Reitis angegebenen Beweisgründe sind, geht schon daraus hervor, daß sie von Weber großenteils ins Feld geführt werden, um zu der grundsätzlichen Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den neuen LG.en zu gelangen. Auch Lobe („Das richterliche Prüfungsrecht u. die Entwicklung der gesetzgebenden Gewalt im neuen Reich" Arch.d.ö.R. 1937/215) spricht dem Richter die Befugnis ab, die neuen LG.e auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht nachzuprüfen. Er glaubt dieses Ergebnis aus § 6 des Reichsstatthaltergesetzes v. 30. 1. 1935 entnehmen zu können. Denn nach dieser Bestimmung werde die erforderliche Zustimmung nicht mehr vom einzelnen RM., sondern von der Reichsregierung, also dem Führer, erteilt. Da dem Führer die unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt zustehe, so habe die Nachprüfung eines LG., auf seine Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht jeden Sinn verloren. Der Richter habe jedoch die Pflicht, alle früher erlassenen LG.e, auch wenn sie mit Zustimmung des zuständigen RM.s. ergangen seien, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht zu überprüfen. Zu der Beweisführung von Lobe ist zu bemerken, daß sie von vornherein auf einer unzutreffenden Annahme beruht. Denn die für das Zustandekommen eines LG.es erforderliche Zustimmung wird nach wie vor vom zuständigen RM. u. nicht vom Führer erteilt. § 6 des Reichsstatthaltergesetzes bezweckte nämlich keineswegs eine Abänderung des bisherigen Rechtszustandes, obwohl in dieser Bestimmung statt vom „zuständigen RM." von der „Reichsregierung" die Rede ist. (Vgl. hierzu z. Bsp. Pfundtner-Neubert „D. neue D. RR." Ia 3 S. 11; Wider, a.a.O. S. 188: Württ.Z.f.Verw. u. Verw.rechtspflege 1935/188).

Dem Richter bleibt lediglich die Befugnis, nachzuprüfen, ob die reichsministerielle Zustimmung vorliegt[16]). Auch diese Prüfung ist nur zulässig, wenn berechtigte Zweifel hinsichtlich des Vorhandenseins der reichsministeriellen Zustimmung bestehen. Das wird stets dann der Fall sein, wenn bei der Verkündung nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß das LG. mit der erforderlichen reichsministeriellen Zustimmung erlassen ist[17]). Die Befugnis der Gerichte, in Zweifelsfällen das Vorliegen der reichsministeriellen Zustimmung nachzuprüfen, findet ihre Rechtfertigung darin, daß ein LG. überhaupt erst durch die reichsministerielle Zustimmung zustandekommt. Die Ausfertigung und Verkündung durch den Reichsstatthalter bedeutet lediglich die widerlegliche Vermutung für das Vorliegen der reichsministeriellen Zustimmung[18]). Hinzukommt — wie Reitis mit Recht bemerkt — daß es einfach undenkbar wäre, daß ein Richter im heutigen Staat ein LG. zur Anwendung bringen würde, obwohl er weiß, daß diesem LG. die erforderliche reichsministerielle Zustimmung fehlt[19]). Liegt die reichsministerielle Zustimmung nicht vor, so liegt auch ein rechtswirksames LG. nicht vor. Für die Nachprüfung, ob das ohne reichsministerielle Zustimmung erlassene LG. im übrigen mit dem Reichsrecht übereinstimmt, besteht deshalb schlechterdings kein Raum. Denn diese Frage könnte

[16]) Wider, a.a.O. S. 188.

[17]) Scheuner (RVerw. Bl. 1934/515) ist der Ansicht, daß ein LG., das ohne Erwähnung der reichsministeriellen Zustimmung verkündet wird, ungültig ist. Diese Ansicht wäre richtig, wenn die Erwähnung der reichsministeriellen Zustimmung anläßlich der Verkündung zwingend vorgeschrieben wäre. Da dies nicht der Fall ist, so kann der Ansicht von Scheuner nicht beigepflichtet werden.

[18]) A.A. Nicolai, „Der Neuaufbau des Reiches" S. 50/51: Nach seiner Meinung ist ein LG. trotz fehlender reichsministerieller Zustimmung nicht rechtsungültig, wenn in der Verkündungsformel die Zustimmung als erteilt aufgeführt wird. Aehnlich auch Medicus, „Das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs" i. N. s. Handbuch f. Recht u. Gesetzgebung v. Dr. Hans Frank, 2. Aufl. 1935 S. 338.

[19]) Reitis, a.a.O. S. 46. Hierzu ist noch zu bemerken, daß der Richter lediglich festzustellen hat, ob überhaupt eine reichsministerielle Zustimmung vorliegt oder nicht. Er ist dagegen nicht zuständig, nachzuprüfen, ob die vorliegende reichsministerielle Zustimmung auch vom zuständigen RM. erteilt wurde. Denn durch eine solche Prüfung würde der Richter untersuchen, ob sich der RM. innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Ermächtigung hält. Eine derartige Prüfungszuständigkeit des Richters wurde aber verneint.

ja nur bedeutsam werden, wenn das ohne reichsministerielle Zustimmung erlassene LG. für rechtsgültig erachtet würde.

Das richterliche Prüfungsrecht ist jedoch mit der Feststellung des Vorhandenseins der reichsministeriellen Zustimmung noch nicht erschöpft. Denn bevor der Richter das Vorliegen der erforderlichen reichsministeriellen Zustimmung feststellt, hat er nachzuprüfen, ob das LG. ordnungsmäßig verkündet ist. Diese Prüfungsbefugnis ergibt sich aus der Zweitrangigkeit des LG.es.

Abschließend soll noch kurz das Problem gestreift werden, ob der Richter die Landesverfassungsmäßigkeit der LG.e feststellen darf. Aehnlich wie die WRV. sind auch die Landesverfassungen nicht ausdrücklich beseitigt worden. Die Frage, ob sie durch die n.s. Weltanschauung überwunden und damit stillschweigend außer Kraft gesetzt wurden[20]), braucht jedoch in diesem Zusammenhang nicht erörtert zu werden. Denn das Eine kann mit Sicherheit gesagt werden, daß die Landesverfassungen, auch wenn sie noch in Kraft sein sollten, keinesfalls den einfachen LG.en im Range vorgehen. Dabei ist es einerlei, ob es sich um neuere oder ältere LG.e handelt. Dieses Ergebnis wird durch zweierlei Erwägungen gerechtfertigt. Einmal wurde den Landesregierungen schon kurz nach der n.s. Revolution durch § 2 des vorläufigen Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31. III. 1933 (RGBl. I S. 153) und § 1 des preuß. Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Land vom 1. VI. 1933 (Ges.sammlung S. 198) eine weitgehende Gesetzgebungsbefugnis eingeräumt. Zum anderen wurden die Landesverfassungen spätestens durch das Neuaufbaugesetz vom 30. I. 1934 ihres Charakters als Verfassungsgesetze entkleidet. Das Neuaufbaugesetz hat den Ländern den Staatscharakter genommen; die Länder sind zu Verwaltungsbezirken und Gebietskörperschaften geworden. Mit dieser veränderten Stellung der Länder sind aber Staatsverfassungen unvereinbar. Aus dem Gesagten

[20]) Vgl. Reitis, a.a.O. S. 44. Er meint die L.Verf. seien beseitigt.

ergibt sich demnach zwangsläufig, daß das Problem der Landesverfassungsmäßigkeit der LG.e im n.s. Staat endgültig aufgehört hat zu bestehen.

Zusammenfassend läßt sich nun sagen: Der Richter ist zuständig, ältere LG.e auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht nachzuprüfen; er hat ferner die ordnungsmäßige Verkündung der älteren LG.e festzustellen. Demgegenüber steht dem Richter gegenüber den neueren LG.en ein materielles Prüfungsrecht nicht zu; er hat aber in Zweifelsfällen zu prüfen, ob eine reichsministerielle Zustimmung überhaupt vorliegt; außerdem hat er festzustellen, ob das LG. ordnungsgemäß verkündet wurde.

§ 22. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Landesverordnungen.

Das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Landesverordnungen zerfällt ganz ähnlich wie das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den LG.en in mehrere Teilprobleme. Auch hier muß unterschieden werden zwischen Landesverordnungen (LVO.en), die auf Grund des durch das Neuaufbaugesetz geschaffenen Rechtszustandes ergingen und LVO.en, die auf Grund des vor dem Neuaufbaugesetz bestehenden Rechtszustandes erlassen wurden. Mit dem letztgenannten Problem hatte sich die Rechtsprechung wiederholt zu befassen. Das richterliche Prüfungsrecht wurde dabei in vollem Umfange bejaht. Dem Ergebnis der Rechtsprechung ist denn auch im wesentlichen beizustimmen. Dieselben Gründe, die zur Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den älteren LG.en ins Feld geführt wurden, sprechen auch für die Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den älteren LVO.en. Darnach gilt auch heute noch der Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht". Die LVO.en sind also gegenüber dem Reichsrecht zweitrangig. Besondere Umstände, die der richterlichen Prüfungsbefugnis entgegenstehen könnten, sind aber hier so wenig wie bei den älteren LG.en gegeben. Daraus folgt, daß der Richter befugt ist, die älteren LG.e auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht nachzuprüfen. Demgegenüber ist der Richter heute

nicht mehr befugt, nachzuprüfen, ob sich die LVO. innerhalb des Rahmens der speziellen gesetzlichen Ermächtigung hält. Diese Prüfungszuständigkeit des Richters wurde durch die gemäß §§ 1 und 2 des sog. ersten Gleichschaltungsgesetzes vom 31. 3. 1933 (RGBl. I S. 153) den Landesregierungen erteilte Befugnis zum Erlaß von LG.en und von landesverfassungsändernden Gesetzen schlechthin ausgeschlossen. Denn in der Befugnis zum Erlaß von LG.en ist gleichzeitig die allgemeine Befugnis zum Erlaß von LVO.en enthalten[1]). Weiterhin erscheint es fraglich, ob der Richter die Uebereinstimmung der älteren LVO.en mit den LG.en nachprüfen darf. Da Beide, LVO.en und LG.e, ihren Ausgangspunkt in der LReg. haben, so liegt die Annahme nahe, daß LG.e und LVO.en den gleichen Rang einnehmen. Im letzten Falle wäre die Prüfung einer LVO. auf ihre Uebereinstimmung mit dem LG. von vornherein ausgeschlossen. LG. und LVO. sind jedoch nicht gleichrangig. Für den Zeitpunkt vor der n.s. Machtergreifung bedarf dies keiner weiteren Ausführungen. Für die Zeit nach der Machtergreifung ist aber zu beachten, daß das LG. nach § 1 Abs. I Ziff. 3 des zweiten Gleichschaltungsgesetzes vom 7. IV. 1933 (RGBl. I S. 173) vom Reichsstatthalter ausgefertigt und verkündet wurde. Die Beteiligung eines unmittelbaren Reichsorgans beim Zustandekommen eines LG.es bedeutet jedoch, daß das LG. der LVO. vorgeht, zumal das vom Reichsstatthalter ausgefertigte und verkündete LG. viel eher die Gewähr bietet, mit dem Reichsrecht in Einklang zu stehen, als dies bei der LVO. zutrifft. Der Richter hat deshalb zu prüfen, ob die LVO. mit dem LG. vereinbar ist. Dagegen scheidet auch hier die Prüfung der Landesverfassungsmäßigkeit schlechthin aus. Schon bei der Frage der Landesverfassungsmäßigkeit der LG.e war festgestellt worden, daß die Landesverfassungen durch das Neuaufbaugesetz ihres Charakters als Verfassungen entkleidet wurden. Ist aber die Verfassung als solche beseitigt, so hat auch das Problem der Verfassungsmäßigkeit von Gesetz und VO. aufgehört zu bestehen. Die Frage, ob die Landesverfassungen nicht als einfache Landesgesetze

[1]) Diese allgemeine Ermächtigung ist selbstverständlich begrenzt durch die dem Landesrecht gezogenen Schranken.

weitergelten, braucht aber hier nicht erörtert zu werden. Denn sofern und soweit dies der Fall ist, gilt das zu dem Problem der Landesgesetzmäßigkeit der LVO.en Gesagte in gleicher Weise[2]). Endlich bedarf es auch keiner weiteren Ausführungen, daß der Richter die ordnungsmäßige Verkündung einer LVO. festzustellen hat.

Durch das Neuaufbaugesetz wurde nun auch auf dem Gebiete der LVO.en ein neuer Rechtszustand geschaffen. Die LVO. wurde wie das LG. zu regionalem Reichsrecht. Auf Grund des Neuaufbaugesetzes in Verbindung mit der VO. vom 2. 2. 1934 gibt es drei Möglichkeiten des Zustandekommens einer LVO.:

1) Die LVO. wird durch die oberste Landesbehörde gemäß § 1 der VO. vom 2. 2. 1934 in Verbindung mit Art. 2 I des Neuaufbaugesetzes erlassen.

2) Die LVO. kommt in Befolgung einer Anweisung eines RM.s zustande (vgl. § 4 der VO. vom 2. 2. 1934).

3) Erlaß von LVO.en, die nach § 3 II der VO. vom 2. 2. 1934 vor Erlaß dem RM. vorzulegen sind.

Bei der Darstellung der Rechtsprechung zu dem hier behandelten Problem mußte darauf hingewiesen werden, daß eine Entscheidung, die sich mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den neueren LVO.en[3]) hätte befassen müssen, nicht gefunden werden konnte. Vermutlich liegt eine derartige Entscheidung bis heute überhaupt nicht vor. Trotzdem soll der Versuch unternommen werden, diese Frage unter Zuhilfenahme der bislang gewonnenen Erkenntnisse zu beantworten.

Ausgegangen wird von der LVO., die in der Form des § 1 der VO. vom 2. 2. 1934 in Verbindung mit Art. 2 I des Neuaufbaugesetzes zustandekommt. Sie wird erlassen einzig und allein von der LReg. Sie beruht weder auf einer

[2]) Denn sind die LVerfassungen ihres Charakters als Verfassungen entkleidet, so können sie höchstens als einfache LG.e weitergelten.

[3]) Die seit Inkrafttreten des Neuaufbaugesetzes u. der Neuaufbauverordnung erlassenen LVO.en werden neuere LVO.en genannt. (Zwecks Abkürzung der Bezeichnung).

reichsministeriellen Anweisung noch muß sie vor Erlaß einem RM. zwecks Kenntnisnahme oder Zustimmung vorgelegt werden. Daraus ergibt sich, daß bei dieser Art von LVO. besondere Umstände fehlen, die der richterlichen Prüfungsbefugnis entgegenstünden. Bedenken hinsichtlich der Zweitrangigkeit sämtlicher LVO.en und zwar auch der Neueren bestehen nicht. Bei dieser Art von LVO.en handelt es sich überdies in Wahrheit um nichts anderes als um die VO. einer einfachen Verwaltungsbehörde. Denn die sog. Regierungen der Länder besitzen seit dem Inkrafttreten des Neuaufbaugesetzes nicht mehr den Charakter von Hoheitsträgern; sie sind zu einfachen Verwaltungsbehörden geworden. Die LVO.en, die allein von der LReg. erlassen werden, sind demnach nicht anders zu behandeln als die von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen VO.en. Das dort Ausgeführte gilt entsprechend auch hier. Darnach ist der Richter grundsätzlich zuständig, diese LVO.en auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht nachzuprüfen. Ferner hat der Richter zu prüfen, ob diese LVO.en mit den LG.en vereinbar sind[4]). Denn sämtliche LG.e gehen den hier behandelten LVO.en vor. Wurde nämlich ein Rangunterschied schon darin erblickt, daß das LG. im Gegensatz zur LVO. vom Reichsstatthalter ausgefertigt und verkündet wurde, so besteht erst recht ein Rangunterschied, seit das LG. einer reichsministeriellen Zustimmung bedarf.

Bei den LVO.en, die auf Grund der Anordnung eines RM.s nach § 4 der VO. vom 2. 2. 1934 erlassen sind, ist es bedeutsam, in welcher Form die Anordnung getroffen wurde. Regelmäßig wird die Anordnung intern an die Landesbehörde gerichtet werden. Sie ist also für den Richter nicht ohne weiteres erkennbar, demgemäß braucht er sie auch nicht zu berücksichtigen. Ein derartiges Verlangen würde darauf hinauslaufen, daß der Richter vor der Anwendung einer LVO. stets feststellen müßte, ob nicht eine interne Anordnung eines RM.s vorliegt und ferner ob sich die LVO. mit der betr. Anordnung in Einklang befindet. Ein solches Verlangen ist aber schlechterdings unmöglich. Handelt die LReg. der internen Anordnung eines

[4]) So auch Scheuner, RVerw. Bl. 1934/516 u. Reitis, a.a.O. S. 59.

RM.s zuwider, so ist es keinesfalls die Aufgabe des Richters, den Widerspruch zwischen der Anordnung des RM.s und der LVO. festzustellen und gegebenenfalls der LVO. die Anwendung zu versagen. Es bleibt vielmehr allein dem betr. RM. überlassen, die Befolgung seiner Anordnung zu überwachen und erforderlichenfalls die ihm zu Gebot stehenden Maßnahmen zu ergreifen, um die Befolgung der Anordnung durchzusetzen[5]). Daraus folgt, daß LVO.en, die auf einer internen Anordnung eines RM.s beruhen, nicht anders zu behandeln sind als die LVO.en, die ohne Mitwirkung eines RM.s allein durch die Tätigkeit der LReg. zustandekommen. Der Richter ist also zuständig, LVO.en, die auf einer internen Anordnung eines RM.s beruhen, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht und den LG.en nachzuprüfen[6]). Der RM. braucht seine Anordnung aber nicht stets intern zu treffen. Sie kann auch in der Form einer Rechts-VO. ergehen. Dies wird von Scheuner und Reitis offenbar übersehen[7]), denn sie sprechen im Zusammenhang mit § 4 der VO. vom 2. 2. 1934 lediglich von einer internen Anordnung[8]). Der RM. kann wählen, welche Form er für seine Anordnung gebrauchen will; vorgeschrieben wird ihm jedenfalls nicht, daß er seine Anordnungen nur intern an die Landesbehörde richten dürfe. Ist aber die Anordnung in der Form einer Rechtsverordnung ergangen, so liegt darin eine für den Richter beachtliche Ermächtigung der LReg. zum Erlaß von einer oder mehrerer LVO.en. Der Richter hat sicherlich nachzuprüfen, ob die LVO. der Anordnung des RM.s entspricht. Stellt er einen Widerspruch fest, so hat er der LVO. die Anwendung zu versagen. Endlich könnte noch gefragt werden, ob der Richter, soferne er einen Widerspruch zwischen der LVO. und der Anordnung des RM.s nicht feststellen konnte, die LVO. auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht und den LG.en nachprüfen darf. Das ist zu verneі-

[5]) Vgl. Scheuner, RVerw. Bl. 1934/513; Nicolai, Heft 9 von „Recht der nationalen Revolution", S. 52; Reitis, a.a.O. S. 61.

[6]) Vgl. Scheuner, RVerw. Bl. 1934/515.

[7]) Scheuner, RVerw. Bl. 1934/515; Reitis, a.a.O. S. 61.

[8]) Vgl. Nicolai, „Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz v. 30. 1. 1934" S. 64; Medicus, „Das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches" S. 76.

nen. Eine derartige Prüfungsbefugnis könnte nur bejaht werden, wenn man dem Richter die Befugnis zuerkennen würde, die VO.en der RM. auf ihre Uebereinstimmung mit den Akten des Reichsgesetzgebers nachzuprüfen. Denn die Prüfung, ob die LVO. mit den Akten des Reichsgesetzgebers übereinstimmt, müßte zwangsläufig zur Nachprüfung der VO. des RM.s führen, welche die Anordnung zum Erlaß der betr. LVO. enthält. Der Richter darf aber nach dem bislang Ausgeführten die VO.en der RM. lediglich daraufhin untersuchen, ob sie überhaupt auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen. Diese gesetzliche Ermächtigung ist bezüglich der Erteilung von Anordnungen ganz allgemein in § 4 der VO. vom 2. 2. 1934 enthalten. Dementsprechend ist die richterliche Nachprüfung der VO. des RM.s, welche die Anordnung enthält, und gleichzeitig damit die Nachprüfung der betr. LVO. auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichs- und Landesrecht schlechthin ausgeschlossen[9]).

Die dritte Möglichkeit des Zustandekommens von LVO.en beruht auf § 3 II der VO. vom 2. 2. 1934. Darnach kann der zuständige RM. für seinen Geschäftsbereich anordnen, daß ihm Rechtsverordnungen vor Erlaß vorgelegt werden[10]). Auch diese Anordnung kann der RM. intern treffen. Er kann sie aber auch — und das wird die Regel sein — in der Form einer Rechtsverordnung an die oberste

[9]) Auch die weitere Frage, ob der Richter prüfen darf, ob die Anordnung des RM.s vom „zuständigen" RM. getroffen wurde, ist zu verneinen. Denn der Richter darf — wie wir gesehen haben — die VO.en der RM. lediglich daraufhin nachprüfen, ob überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Diese Ermächtigung ist aber in § 4 der Neuaufbauverordnung enthalten. An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, daß in § 4 der Neuaufbauverordnung vom „zuständigen" RM. gesprochen wird. Würde der Richter eine LVO. zur Anwendung bringen, obwohl sie entgegen der Vorlageanordnung eines RM.s nicht vorgelegt worden war, so würde darin eine Nachprüfung der Rechtsverordnung des RM.s liegen. Die Anwendung der LVO. würde nämlich dann nichts anderes bedeuten als die Feststellung, daß die RechtsVO. des RM.s rechtsungültig u. daher nicht anwendbar sei. Eine solche Befugnis wurde jedoch dem Richter abgesprochen.

[10]) Die Anordnung des § 3 II unterscheidet sich von der Anordnung des § 4 der Neuaufbauverordnung dadurch, daß sie der Landesbehörde nicht den Erlaß von LVO.en gebietet, sondern sich damit begnügt, die Landesbehörde anzuweisen, bestimmte LVO.en vor Erlaß dem anordnenden RM. vorzulegen. Daraus folgt, daß § 3 II gegenüber § 4 NeuaufbauVO. die spezielle Bestimmung ist.

Landesbehörde richten[11]). Reitis[12]) verkennt dies. Seine Behauptung, die Anordnung des § 3 des Neuaufbaugesetzes könne nur in der Form einer Rechtsverordnung ergehen, findet jedenfalls in der VO. vom 2. 2. 1934 keine Stütze. Der RM. wird allerdings die Anordnung regelmäßig in die Form einer Rechtsverordnung kleiden, wenn er die Vorlage der ein bestimmtes Rechtsgebiet betreffenden LVO.en erstrebt. Ordnet der RM. jedoch die Vorlage einer einzelnen LVO. an, so wird er für diese Anordnung wohl kaum die Form einer Rechtsverordnung wählen[13]). Erfolgt nun die Anordnung eines RM.s intern, so gilt in vollem Umfange das zu der intern getroffenen Anordnung des § 4 der Neuaufbauverordnung Gesagte. Mit anderen Worten: Der Richter braucht die intern getroffene Anordnung nicht zu berücksichtigen. Er ist zuständig, LVO.en, die auf Grund einer internen Anordnung vor Erlaß einem RM. vorzulegen sind, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht und den LG.en nachzuprüfen. Anders liegen jedoch die Verhältnisse, wenn der RM. die Vorlage bestimmter LVO.en[14]) durch Rechtsverordnungen anordnet. Die Vorlage ist in diesem Falle eine wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen der LVO. Demnach hat hier der Richter nachzuprüfen, ob die LVO. entsprechend der Anordnung des RM.s vorgelegt worden war. Stellt er fest, daß der Anordnung nicht entsprochen wurde, so hat er der LVO. die Anwendung zu versagen. Die Vereinbarkeit der LVO. mit dem Reichsrecht darf dagegen vom Richter nicht nachgeprüft werden. Denn eine derartige Nachprüfung würde gleichzeitig die Nachprüfung der Rechtsverordnung des RM.s bedeuten. Die Nachprüfung der VO.en der RM. ist aber — wie wieder-

[11]) So auch Scheuner, RVerw. Bl. 1934/516; Vgl. auch Pfundtner-Neubert, „D. neue Deutsche Reichsrecht" Ia 14 S. 7 zu § 3 Anm. 4.

[12]) Reitis, a.a.O. S. 60.

[13]) Vgl. auch Pfundtner-Neubert, „D.n.D.RR." Ia 14 S. 7 Anm. 4 zu § 3. Er meint, die Bestimmung des § 3 NeuaufbauVO. wäre an sich entbehrlich, da nach § 4 der VO. jeder RM. für seinen Geschäftsbereich eine derartige Anordnung treffen könnte. Dem ist durchaus beizustimmen. Wenn trotzdem in § 3 II der VO. eine spezielle Regelung getroffen wurde, so deshalb weil auch nach der Rechtssetzung des Landesrechts zwischen Gesetzen u. RechtsVO. unterschieden wurde.

[14]) Dabei ist es einerlei, ob die Vorlage zwecks Zustimmung oder nur zwecks Kenntnisnahme angeordnet ist.

holt gesagt wurde — praktisch so gut wie ausgeschlossen. Eine Nachprüfung der Vereinbarkeit mit den LG.en ist aus dem weiteren Grunde ausgeschlossen, weil die LG.e und die hier behandelten LVO.en gleichrangige Rechtsregeln sind. Denn beide haben das Wesen von VOen der RM. Das bei den neueren LG.en Gesagte gilt nämlich entsprechend auch hier.

Für alle LVO.en, einerlei ob sie zu den älteren oder neueren LVO.en gehören, gilt in gleicher Weise, daß sie der Richter nicht überprüfen darf, soferne sie staatspolitische Maßnahmen besonderer Art zum Gegenstand haben. Einer weiteren Erörterung dieses Problems bedarf es jedoch im Hinblick auf das zu den VO.en der verschiedenen Verwaltungen Gesagte nicht. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

Zusammenfassend kann nun festgestellt werden, daß der Richter zuständig ist, die LVO.en, die nach § 1 der Neuaufbau-VO. erlassen werden, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht und den LG.en nachzuprüfen. Das Gleiche gilt für die LVO.en, die auf Grund einer intern an die oberste Landesbehörde gerichteten Anordnung eines RM. nach § 4 der Neuaufbau-VO. erlassen wurden oder nach § 3 II der Neuaufbau-VO. vor Erlaß einem RM. vorgelegt werden müssen. Erfolgt jedoch die Anordnung zum Erlasse einer LVO. nach § 4 der Neuaufbau-VO. durch eine RechtsVO., so hat sich der Richter mit der Feststellung zu begnügen, daß die betr. LVO. mit der reichsministeriellen Anordnung übereinstimmt. Bei den LVO.en, die auf Grund einer durch Rechts-VO. getroffenen Anordnung vor Erlaß einem RM. vorzulegen sind, hat der Richter lediglich zu prüfen, ob die betr. LVO.en dem RM. entsprechend § 3 II der Neuaufbau-VO. vorgelegt worden waren. Keinesfalls darf der Richter eine LVO., einerlei ob neu oder alt, nachprüfen, soferne sie staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit zum Gegenstand hat. Dagegen hat der Richter bei sämtlichen LVO.en festzustellen, ob sie ordnungsmäßig verkündet sind. Fehlt es an einem der vom Richter nachzuprüfenden Erfordernisse, so hat er der betr. LVO. die Anwendung zu versagen.

II. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates.

§ 23. Das materielle und formelle Prüfungsrecht des Richters gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates.

Die Rechtsprechung hält — wie wir gesehen haben — den Richter für zuständig, die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigen Rechtsnormen des alten und neuen Staates nachzuprüfen. Dagegen kann der Rechtsprechung nicht entnommen werden, ob nach ihrer Ansicht dem Richter die Befugnis zusteht, die Uebereinstimmung einer Rechtsnorm des alten Staates mit dem zur Zeit ihrer Entstehung bestehenden Rechtszustand nachzuprüfen. Das letztere Problem wird jedoch mitunter im Schrifttum erörtert. Lobe[1]) befaßt sich sogar recht eingehend mit dieser Frage. Er führt hierzu aus: „Ist aber der Richter an das gesetzte oder ungesetzte Recht gebunden, so ergibt sich mit begrifflicher Notwendigkeit, daß der Richter das Vorhandensein eines solchen Rechtes zunächst festzustellen hat. Und diese Feststellung muß selbstverständlich auch das Dasein der Rechtsquelle und der Rechtsmacht, die Verbindlichkeit ihrer Normen ergreifen, denn an eine rechtsunwirksame Vorschrift kann er nicht gebunden sein. Alles, was für eine solche Gültigkeit Voraussetzung ist, muß daher auch der Prüfungspflicht und Feststellung des Richters unterliegen, soll anders sein Urteil auf dem Rechte beruhen." Er fährt sodann fort: „Wo eine solche (ausdrückliche) Einschränkung fehlte, wie in der Reichsverfassung von 1919, war der Richter verpflichtet, alle Voraussetzungen auch für die Gültigkeit einer gesetzlichen Norm zu prüfen, bevor er zu ihrer Anwendung schreiten konnte. Hierzu gehörte namentlich auch die Feststellung, daß sie verfassungsmäßig zustande gekommen war und mit der Reichsverfassung, der sie nicht widersprechen durfte, in Einklang stand. Diese von einzelnen Staatsrechtslehrern bestrittene Auffassung ist für die früheren Reichsgesetze auch vom RG. vertreten worden, RGSt. 57/86; RGZ. 107/379. Für die Reichsgesetze und Verordnungen, die vor der Ergreifung der vollen gesetz-

[1]) Lobe, Arch.ö.R.NF. 28/195 f.

gebenden Gewalt durch den Führer erlassen worden sind, muß daher dieses unbeschränkte Prüfungsrecht auch heute noch dem Richter zugesprochen werden“[2]). Lobe geht demnach davon aus, daß jede Rechtsnorm, um wirksam zu sein, dem zur Zeit ihres Erlasses bestehenden Rechtszustand entsprechen müsse. Eine Rechtsnorm, die zur Zeit ihrer Entstehung einer im Range höher stehenden Rechtsnorm widerspricht, ist nach Ansicht von Lobe eben rechtsungültig. Dabei ist es einerlei, ob die höherrangige Rechtsnorm längst beseitigt oder gar durch eine Rechtsnorm ersetzt wurde, die nicht mit der untergeordneten Rechtsnorm in Widerspruch steht. Dieser Ansicht ist grundsätzlich beizupflichten. Denn ist eine Rechtsnorm mit Mängeln behaftet, so bleiben diese Mängel bestehen, bis sie vom Gesetzgeber oder der zuständigen Behörde beseitigt werden. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß gerade der Richter zuständig ist, die Rechtsnormen auf das Vorliegen von Mängeln hin zu prüfen. Aus § 1 GVG. allein kann die Prüfungszuständigkeit des Richters jedenfalls nicht gefolgert werden. Die Grundsätze des geltenden Staatsrechts können dieselbe mit zwingender Notwendigkeit ausschließen. Das letztere trifft denn auch bei der hier behandelten Frage teilweise zu. Sicherlich ist der Richter zuständig — wie dies auch von der RSpr. vertreten wird —, die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Uebereinstimmung mit den in Kraft befindlichen Rechtsnormen des alten und des neuen Staates zu überprüfen. Besondere Umstände, die eine solche Prüfung ausschließen würden, liegen nicht vor. Insoweit wurde dem Richter das Prüfungsrecht weithin auch gegenüber den Rechtsregeln des neuen Staates zugebilligt. Der Richter hat ferner bei den Rechtsnormen des alten Staates festzustellen, ob sie ordnungsmäßig verkündet sind. Damit ist aber der Richter am Ende seiner Prüfungszuständigkeit angelangt. Er darf also insbesondere nicht die Einhaltung der Formalien des Gesetzgebungsverfahrens in seinen verschiedenen Stadien bei diesen Rechtsnormen nachprüfen. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Rechts-

[2]) Vgl. auch Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht“ 1937/170: „Die Rechtsgültigkeit des Gesetzes bemißt sich nach der Staatsform seiner Erlassung“.

normen des alten Staates entfällt schon aus dem Grunde, weil die WRV., auch wenn sie noch weiterbestehen sollte, gegenüber den einfachen Reichsgesetzen keine erhöhte Geltungskraft mehr besitzt. Für diese Beschränkung der richterlichen Prüfungszuständigkeit sprechen folgende Erwägungen: Die positive Rechtsordnung des Weimarer Staates wurde vom n.s. Staate grundsätzlich wenigstens vorläufig übernommen. Der n.s. Staat macht dabei keinen Unterschied zwischen den Rechtsnormen des alten Staates, die auch im alten Staat unzweifelhaft für rechtsgültig erachtet wurden und solchen Rechtsnormen des alten Staates, deren Rechtsgültigkeit im alten Staate angezweifelt wurde oder doch auf Grund des damals herrschenden Rechtszustandes hätte angezweifelt werden können. Daraus folgt aber, daß für die Rechtsgültigkeit der Rechtsnormen des alten Staates nicht der im Weimarer Staate herrschende Rechtszustand maßgebend sein kann. Mögen diese Rechtsnormen mit der Rechtsordnung des Weimarer Staates unvereinbar gewesen sein, so ist dies heute für die Frage nach der Rechtsgültigkeit einer solchen Rechtsnorm ohne Bedeutung. Der Führer und die von ihm ermächtigten Unterführer und Behörden, sowie — was anschließend zu erörtern ist — die n.s.. Weltanschauung sind allein maßgebend dafür, ob eine Rechtsnorm des alten Staates auch im n.s. Staate anzuwenden ist oder nicht. Trifft also der Führer oder eine von ihm ermächtigte Behörde bezüglich der Rechtsnormen des alten Staates keine ausdrückliche Bestimmung und befindet sich die betr. Rechtsnorm auch mit der n.s. Weltanschauung in Einklang, so besteht die unwiderlegliche Vermutung, daß sie dem Willen des Führers vorerst entspricht. Der Richter darf sich aber nicht das Recht anmaßen, einer Rechtsnorm die Rechtsgültigkeit abzusprechen, obwohl sie dem Willen des Führers — wenn auch nur vorläufig — entspricht. Die ordnungsmäßige Verkündung der Rechtsnormen des alten Staates hat dagegen der Richter stets festzustellen. Denn bei diesen Rechtsnormen handelt es sich nicht um Führerbefehle; ihr Zustandekommen beruhte nicht unmittelbar auf dem Willen des Führers. Bei allen Rechtsnormen, die nicht den unmittelbaren Willen des Führers enthalten, muß aber die vorge-

schriebene Form der Verkündung beachtet sein. Ist demnach eine Rechtsnorm des alten Staates nicht entsprechend der für die Verkündung vorgeschriebenen Form verkündet worden, so fehlt ihr die Vermutung, daß sie dem Willen des Führers auch nur vorläufig entspricht. Dementsprechend steht dem Richter nichts im Wege, einer nicht ordnungsmäßig verkündeten Rechtsnorm des alten Staates die Anwendung zu versagen.

Das Ergebnis der hier angestellten Untersuchung ist nun nach dem Ausgeführten Folgendes: Der Richter ist zuständig, die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Uebereinstimmung mit der positiven Rechtsordnung des n.s. Staates zu prüfen. Insoweit besitzt der Richter ein materielles Prüfungsrecht. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters ist mit der Feststellung der ordnungsmäßigen Verkündung einer Rechtsnorm des alten Staates erschöpft.

§ 24. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Gesetzen und VO.en galt im konstitutionellen und im Weimarer Verfassungsstaat als Zentralproblem des Staatsrechts. Eine derart überragende Bedeutung kann dieser Frage im n.s. Staate nicht beigemessen werden. Aus den vorstehenden Untersuchungen läßt sich denn auch unschwer entnehmen, daß die im Weimarer Staate nahezu unbegrenzte richterliche Prüfungszuständigkeit in einen erheblich engeren Rahmen zurückgedrängt wurde[1]). Es wäre aber falsch, wollte man aus der Tatsache, daß die Grundsätze des neuen Staates die richterliche Prüfungszuständigkeit weitgehend einschränken, den Schluß ziehen, die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes habe im heutigen Staate ihre

[1]) Vgl. Eduard Kern, Arch. f. Rechts- u. Sozialphilosophie Bd. 27/312: „Für den totalen Staat, der kein Rechtsstaat im liberalen Sinn sein will, wäre ein unbeschränktes richterliches Prüfungsrecht im Interesse der Autorität der Gesetzgebung u. der einheitlichen u. straffen Durchführung der Gesetze untragbar.

Bedeutung völlig eingebüßt, so daß es sich nicht verlohne, sich mit ihr zu befassen. Ein Blick in die Rechtsprechung und in das Schrifttum genügt, um darzutun, daß die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit im n.s. Staate eine ungeahnte Belebung erfahren hat. Im Mittelpunkt des Meinungsstreites steht zwar nicht mehr die Frage nach der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit von Gesetz und Verordnung, obwohl sich auch heute noch die Rechtsprechung mit dieser Frage auseinanderzusetzen hat. Im neuen Staat wird vielmehr — insbesondere in der Zeit kurz nach der n.s. Revolution — die Frage lebhaft erörtert, ob der Richter gegen den erklärten und in Gesetzen des alten Staates deutlich zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers entscheiden darf, wenn dieser Wille mit der n.s. Weltanschauung in Widerspruch steht[2]). Dieselbe Frage erhebt sich auch bei den sonstigen Rechtsnormen des alten Staates. Dies konnte durch verschiedene Beispiele nachgewiesen werden. Damit erübrigt sich aber eine gesonderte Erörterung des Problems der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den Gesetzen und den sonstigen Rechtsnormen des alten Staates.

In der Rechtsprechung finden sich nun — wie eingehend dargelegt wurde — im wesentlichen drei verschiedene Lösungen des Problems. Kurz nach der n.s. Revolution wurde in zahlreichen Urteilen die Meinung vertreten, der Richter habe schlechthin die Vereinbarkeit der aus dem alten Staate stammenden Rechtsnormen mit der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Das RG. trat dieser Ansicht früher mit dem Hinweis, der Richter sei dem Gesetz unterworfen, entschieden entgegen. Die Mehrzahl der Gerichte nahm einen ähnlichen Standpunkt ein. Es konnte allerdings eine neuere Entscheidung gezeigt werden, in der das RG. seinen früheren Standpunkt aufgab und sich einer noch zu nennenden dritten Meinung anschloß. Diese dritte Meinung geht davon aus, daß dem Richter grundsätzlich ein Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates nicht zustehe. Dieser Grundsatz gelte aber nicht unein-

[2]) Die Frage wurde nicht ausdrücklich geregelt. Daraus erklärt sich auch der heftige Meinungsstreit.

geschränkt. Der Richter dürfe prüfen, ob eine Rechtsnorm des alten Staates mit den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung in Einklang stehe oder nicht.

Die Ansicht, welche die hier zu behandelnde Frage in vollem Umfange bejaht, geht davon aus, daß der n.s. Staat die Rechtsnormen des alten Staates nicht übernommen haben könne, die zur n.s. Weltanschauung in Widerspruch stehen. Diese Auffassung findet ihre Begründung im Wandel des Rechtsbegriffes. Recht ist darnach die Lebensordnung des Volkes und Ausdruck des Volkstums und der Rasse. Der n.s. Weltanschauung entspricht es aber dem Lebensrecht des Volkes Geltung zu verschaffen. Denn das Recht steht ja über dem Gesetz. Eine Rechtsregel enthält nur insoweit Recht als sie der Lebensordnung des Volkes gerecht wird. Die Gegenüberstellung von Recht und Gesetz, soweit das Letztere vom Führer stammt, ist zwar unmöglich. Bei den Rechtsnormen des alten Staates scheint jedoch einer derartigen Gegenüberstellung nichts im Wege zu stehen, zumal sich zahlreiche Rechtsnormen des alten Staates mit der Lebensordnung des Volkes unzweifelhaft nicht in Einklang befinden. Die Staatsauffassung der vergangenen Zeit und die Staatsauffassung der n.s. Weltanschauung stehen im schärfsten Gegensatz. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß auch die aus der vergangenen Zeit stammende positive Rechtsordnung weithin in schärfstem Gegensatz zur n.s. Weltanschauung stehen muß. Zieht man in Erwägung, daß die positive Rechtsordnung nach der n.s. Machtergreifung zunächst noch nahezu unversehrt bestand, so kann es nicht überraschen, wenn die Ansicht, die das richterliche Prüfungsrecht bejaht, besonders häufig unmittelbar nach der n.s. Machtergreifung vertreten wurde[3]). Der n.s. Gesetzgeber beseitigte zwar alsbald durch zahlreiche gesetzgeberische Maßnahmen die schlimmsten Widersprüche. Trotzdem vermochte er es aber nicht zu verhindern, daß hier und dort Widersprüche bestehen blieben. Denn die Anpassung der alten Rechtsordnung an das neue Rechtsdenken und die Schaffung einer der n.s. Weltanschauung

[3]) Vgl. z. Bsp. Herrschel, „Staatlicher Befehl u. richterliches Ermessen im neuen Reich", DJZ. 1933 Sp. 1011.

entsprechenden positiven Rechtsordnung konnte und kann nur schrittweise erfolgen. Diese Bestehen gebliebenen Widersprüche können freilich großenteils durch eine Auslegung nach den Grundsätzen der n.s. Weltanschauung und durch die Anwendung von Generalklauseln überwunden oder doch wenigstens überbrückt werden. Trotzdem bleiben immer noch zahlreiche Widersprüche bestehen, die weder durch Auslegung noch durch die Anwendung von Generalklauseln zu beseitigen sind. In diesen Fällen lag es nahe, den der n.s. Weltanschauung widersprechenden Vorschriften die Anwendung zu versagen. Die Totalität der n.s. Weltanschauung scheint die Anwendung derartiger Rechtsnormen schlechthin auszuschließen. Die Gerichte unterzogen sich allerdings nicht immer der Mühe, im Einzelfall zu untersuchen, ob der Widerspruch zwischen den Rechtsnormen des alten Staates und der n.s. Weltanschauung auch tatsächlich unüberbrückbar war oder ob er durch die Anwendung einer Generalklausel oder durch Auslegung überwunden werden konnte. Es ist nun nicht Aufgabe dieser Arbeit, festzustellen, ob nicht in diesem oder jenem Falle der betsehende Widerspruch anstatt durch die Nichtanwendung der Rechtsnorm des alten Staates durch Benutzung eines der genannten Hilfsmittel zu beseitigen gewesen wäre. Denn hier soll ja nur die Frage beantwortet werden, ob die Totalität der n.s. Weltanschauung dazu zwingt, den Rechtsnormen des alten Staates, die in einem unüberbrückbaren Widerspruch zur n.s. Weltanschauung stehen, die Anwendung zu versagen. Diese Frage wird aber auch von denen bejaht, die im Einzelnen nicht nachgeprüft haben, ob der angebliche Widerspruch tatsächlich unüberbrückbar war oder nicht; denn nach ihrer Ansicht war eben in dem betr. Einzelfall der Widerspruch unüberbrückbar.

Schließt nun die Totalität der n.s. Weltanschauung wirklich die Anwendung derartiger Rechtsnormen aus? Darf also das Recht den Rechtsnormen des alten Staates gegenübergestellt werden? Dies wird weithin in der Rechtsprechung und im Schrifttum verneint. Im Einzelnen gehen dabei die Ansichten auseinander. Das RG. hat früher — wie

schon erwähnt wurde — die richterliche Nachprüfung der Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung schlechthin abgelehnt. Der Richter sei dem Gesetz unterworfen. Die Gesetzesunterworfenheit des Richters sei das Korrelat seiner Unabhängigkeit. Die Unabhängigkeit des Richters, die eine außerordentliche Freiheit der Entscheidung bedeute, sei aber nur erträglich, wenn sie ihre Begrenzung im Gesetz finde. Dementsprechend dürfe der Richter nicht gegen das Gesetz entscheiden.

Lühr stellt mit Recht demgegenüber fest, daß das Problem tiefer liegt, als es nach der Betrachtung des RG. und anderer Gerichte den Anschein hat[4]). Zur Begründung dieser Feststellung verweist er auf das Problem der Gesetzeslücken und auf die Fälle, in denen der Gesetzeswortlaut im Widerspruch steht zu dem Sinn und Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Gesetz verfolgte. In allen diesen Fällen versagt der Hinweis auf die Gesetzesunterworfenheit des Richters offensichtlich. Bei der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes handelt es sich eben nicht nur um ein Problem, das sich mit Hilfe der juristisch-logischen Methode allein lösen läßt. Eine befriedigende und begründete Antwort kann nur gefunden werden, wenn das Problem in Beziehung gesetzt wird zu den Grundsätzen des heutigen Staatsrechts. Davon geht auch Lühr aus, auch wenn er dies nicht besonders hervorhebt[5]). Trotzdem gelangt er — wie früher das RG. — zu dem Ergebnis, daß der Richter nicht gegen das Gesetz entscheiden dürfe. Der Richter könne die n.s. Weltanschauung nur mit den Mitteln der Gesetzesauslegung zur Anwendung bringen. Im übrigen sei es Aufgabe des Gesetzgebers, das bisherige Gesetzesrecht mit dem Volkswillen in Uebereinstimmung zu bringen. Lühr führt zur Begründung seiner Ansicht beachtliche Gründe ins Feld. Er weist zunächst darauf hin, daß der Führer selbst beim Uebergang von der Revolution zur Evolution zum Ausdruck gebracht hat, daß das Alte solange benutzt werden solle, als nicht etwas besseres an seine Stelle gesetzt

[4]) Lühr, „Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden", DRZ. 1934 S. 33.

[5]) Lühr, a. a. O. S. 35.

worden sei. Ule[6]) will dieses Argument zwar nicht gelten lassen, denn diese Aeußerungen hätten sich offensichtlich auf ganz andere Sachverhalte bezogen, als auf das Verhältnis von Richter und Gesetz. Mag dem nun sein, wie ihm wolle. Lühr beruft sich jedenfalls mit Recht darauf, daß der Gang der Gesetzgebung gezeigt habe, daß dieser Satz tatsächlich zur Anwendung gebracht werde. Dies beweise die außerordentlich umfangreiche Novellengesetzgebung. Auf dem alten Gesetzeszustand aufbauend würden neue Gedankengänge in das Alte eingebaut. Daraus müsse gefolgert werden, daß der Gesetzgeber selbst die Angleichung des bestehenden Gesetzesrechtes an die n.s. Weltanschauung vornehmen wolle. Hätte der Gesetzgeber diese Aufgabe dem Richter überlassen wollen, so hätte er diese ungeheuer weitgehende Machtbefugnis des Richters sicherlich durch ein Gesetz festgelegt. Ein solches Gesetz fehle aber. Der Durchschnittsrichter in seiner heutigen geistigen und weltanschaulichen Prägung sei auch überhaupt nicht in der Lage eine solche Aufgabe zu meistern. Eine unheilvolle Rechtsunsicherheit und Rechtsvielgestaltigkeit würde die Folge sein. Die Angleichung des Gesetzesrechtes an das n.s. Gedankengut sei Sache einer einheitlichen Instanz. Diese Instanz sei der deutsche Gesetzgeber, also der Führer und seine Minister.

Auch Freisler sprach sich ursprünglich für die uneingeschränkte Bindung des Richters an das vor-n.s. Gesetz aus[7]). Es könne nie Aufgabe des Richters sein, gegen das Gesetz zu entscheiden und zwar auch dann nicht, wenn er das geschriebene Recht als unvereinbar mit der n.s. Rechtsauffassung halte. Der Richter sei nicht dazu da, die geltenden Gebote des Staates zu ändern, denn niemand außer dem Führer dürfe die Normen, nach denen das Volk im Staate lebe und nach denen die Volksglieder leben sollen, festlegen und abändern. Etwas später betonte Freisler nochmals eindeutig denselben Standpunkt[8]). Er sagte nämlich: „Würde eine Meinung vertreten, daß eine Bindung

[6]) Ule, R. Verw.Bl. 197/242.

[7]) Freisler, Recht, Richter u. Gesetz", DJ. 1933/694 f.

[8]) Freisler, „Richter, Recht u. Gesetz, DJ. 1934/1333 f. u. bes. 1335.

an solche Gesetze nicht bestünde, so würde das die Durchbrechung des ersten und höchsten Mittels n.s. Volksführung, des Führergedankens, bedeuten und es würde in gleicher Weise widersprechen der Forderung, die die Führung an den mit Vertrauen und Aufgaben Belehnten stellt, seine Aufgaben auszufüllen, aber sich auch innerhalb seiner Grenzen zu halten". C. Schmitt[9]) und Fauser[10]) heben gleichfalls darauf ab, daß es dem Wesen des Führergedankens widerspreche, wenn der Führer über die Geltung des alten Rechts nicht allein bestimme.

Franzen[11]) meint, es spreche zwar scheinbar gegen eine strenge Bindung des Richters der Umstand, daß der Gesetzgeber nicht in der Lage sei, die Umgestaltung der Rechtsordnung von heute auf morgen durchzuführen. Ferner könne eine zeitweilige Weitergeltung der dem neuen Rechtsdenken widersprechenden Gesetze die Ziele der Umwälzung gefährden. Denn im Volke könne der Eindruck entstehen, als beschränke sich der Umschwung auf organisatorische und Personalveränderungen. Endlich handle es sich beim vor-n.s. Gesetz nicht um einen Führerbefehl; es verpflichte daher auch offenbar nicht den Richter im gleichen Umfange. Das Problem sei aber im Sinne der strengen Bindung des Richters an das Gesetz praktisch gelöst worden. Der n.s. Gesetzgeber habe stillschweigend das alte Gesetzesrecht anerkannt. Auch „dürfe der Richter niemals und unter keinen Umständen, auch nicht bei großen politischen Umwälzungen, aus der ihm in Volk und Staat zukommenden Organstellung heraustreten, die ihm lediglich gestatte, im Rahmen des Gesetzes an der Weiterentwicklung des Gesetzes mitzuarbeiten. Denn gerade für den Zeitpunkt einer solchen Wandlung seien politische Notwendigkeiten von Einfluß, die der Richter nicht übersehe". Auch Krug[12]) betont, die Bindung des Richters an das Gesetz müsse im totalen Staat oberste Norm bleiben. Im Wege der

[9]) Schmitt, „5 Leitsätze für die Rechtspraxis" in DR. 1933/201; Staat, Bewegung, Volk S. 21; „Nationalsozialismus u. Rechtsstaat", Deutsche Verwaltung 1934/40.
[10]) Fauser, Arch. ö. R. NF. 26/142 u. 143.
[11]) Franzen, „Gesetz u. Richter" 1935 S. 30—32.
[12]) Krug, DJ. 1934/53.

Auslegung lasse sich noch immer der Weg zu einer vernünftigen Entscheidung finden. Schlechthin gegen das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung sprechen sich noch zahlreiche andere aus. Es seien u. a. erwähnt: Huber[13]), Rothenberger[14]), Wunderlich[15]), Gürntner[16]), Tigges[17], Henkel[18]), Baumbach[19]), Schöne[20]), Nebinger[21]), Lauer[22]), Gloz[23]), Hildebrandt[24] , v. Scheuerl[25]), Henneberg[26]).

Der Ansicht, die das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung in vollem Umfange verneint, ist zum wenigsten darin beizustimmen, daß zahlreiche gewichtige Gründe gegen die uneingeschränkte Bejahung einer solchen richterlichen Prüfungszuständigkeit sprechen. In erster Linie ist darauf hinzuweisen, daß die uneingeschränkte Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit zu einer weitgehenden Durchbrechung des Führergedankens führen müßte. Der Führer ist allein dazu berufen, die aus der Weimarer Zeit stammende positive Rechtsordnung der n.s. Weltanschauung anzugleichen. Denn

---

[13]) Huber, „Die Totalität des völkischen Staates" in die Tat 1934/41 f..

[14]) Rothenberger, „Die Rechtsquellen im neuen Staat", DJZ. 1935 Sp. 22 f..

[15]) Wunderlich, „Der Königliche Richter u. das Gesetz", DJZ. 1934 Sp. 10 f..

[16]) Gürtner, „Richter u. Rechtsanwalt im neuen Staat", DJ. 1934/369 f..

[17]) Tigges, a. a. O. S. 178.

[18]) Henkel, „Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt", Hamburg 1934 S. 27.

[19]) Baumbach, DJZ. 1935 Sp. 56.

[20]) Schöne, Arch. ö. R. NF. 25/270 f..

[21]) Nebinger, „Zur Handhabung der Polizeigewalt" Württ. Z. f. Verw. u. Verwaltungsrechtspflege 1934/148.

[22]) Lauer, RVerw.Bl. 1934/706.

[23]) Gloz, a. a. O. S. 30.

[24]) Hildebrandt, „Rechtsfindung im neuen Staat", Berlin u. Leipzig 1935/47.

[25]) v. Scheuerl, „Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tode des Erzeugers", JW. 1935/260 f..

[26]) Henneberg, „Feststellung der unehelichen Vaterschaft", JW. 1935 S. 1834 f.. Vgl. auch Elster: „Veränderte Auslegung bei gleichbleibendem Gesetzestext" DJ. 1935/144.

der Totalität der n.s. Weltanschauung entspricht die Totalität der Führung. Besonders Freisler[27]) hat dies klar zum Ausdruck gebracht, wenn er sagt: „Einer nur vermag die Richtung zu bestimmen, die das Volk auf dem Wege zu seiner Vollendung im Einzelnen einzuschlagen hat. Nur Einer vermag die Geschwindigkeit des Marsches, die Ruhepausen und die Marschzeiten zu bestimmen, die — von Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt — es seinem Ziel entgegenführen. Niemand ist befugt, diesem Einen, dem Führer in den Arm zu fallen." Die Gefahr der Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung konnte durch mehrere Beispiele aufgezeigt werden. All die anderen zahlreichen Gründe brauchen im Einzelnen nicht wiederholt zu werden; es genügt der Hinweis auf die obigen Ausführungen. Mit Recht wird deshalb der Schluß gezogen, daß der Richter grundsätzlich streng an das Gesetz gebunden ist. Der Richter darf demnach an den Rechtsnormen des alten Staates grundsätzlich auch dann nicht vorübergehen, wenn sie der n.s. Sittenordnung nicht entsprechen sollten. Trotzdem kann der Ansicht, die das richterliche Prüfungsrecht schlechthin ablehnt, nicht in vollem Umfange beigepflichtet werden. Denn die starre Bindung des Richters an die Rechtsnormen des alten Staates kann und muß mitunter zu Entscheidungen führen, die dem n.s. Rechtsempfinden kraß zuwiderlaufen. In solchen Fällen darf sich dann der Richter — wie Ule a.a.O. treffend bemerkt — nicht auf seine Gesetzesunterworfenheit zurückziehen. Dies wird auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung mehr und mehr anerkannt. Dabei stehen sich wiederum zwei Meinungen gegenüber. Die etwas weitergehende Ansicht wird besonders von Frank vertreten. Darnach darf der Richter Rechtsnormen des alten Staates nicht anwenden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde[28]). Die Ansicht von Frank fand zahlreiche Anhänger. So heißt es in den Leitsätzen über Stellung und Aufgaben des Richters von Georg Dahm, Karl August Eckhardt, Reinhard Höhn, Paul Ritterbusch und Wolfgang Siebert: „Gesetzliche Bestimmungen, die vor der n.s. Revolution erlassen sind, dürfen nicht

[27]) Freisler, Verwaltungsakademie I 2 Beitr. 17 S. 9.
[28]) Frank, Deutsche Rechtspflege, 1936/10: Leitsätze.

angewendet werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde“[29]). Eduard Kern sagt: „Nur in ganz krassen Fällen kann der Richter abweichen, nämlich dann, wenn die Anwendung eines noch geltenden Rechtssatzes dem Rechtsempfinden des Volkes ins Gesicht schlagen würde[30]). Eckhardt führt nochmals an anderer Stelle aus: „Die Abweichung vom Gesetz ist auf Fälle beschränkt, in denen seine Anwendung dem Empfinden des Volkes ins Gesicht schlagen würde, so daß, ohne daß es irgendeiner künstlichen Schürung bedürfte, ein Sturm der Entrüstung wegen dieses Urteils ausbrechen würde“[31]). Dölle äußert sich dahin: „Der Richter des n.s. Staates wird gegenüber den alten Gesetzen freier sein müssen als gegenüber den neuen, obwohl auch jene ihre Weitergeltung dem Ordnungswillen des neuen Staates verdanken. Denn in jenen fehlt die zu neuen Zielen strebende Führung und die an ihnen orientierte Wertung, die in diesen zu vermuten ist„[32]). Die von Frank vertretene Ansicht läuft nun praktisch darauf hinaus, daß der Richter Rechtsnormen des alten Staates dann nicht anwenden darf, wenn sie mit den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung in Widerspruch stehen. Darin unterscheidet sie sich auch von der die richterliche Prüfungszuständigkeit in vollem Umfange bejahenden Stellungnahme mehrerer Entscheidungen. Letztere wollen den Rechtsnormen des alten Staates schon dann die Anwendung versagen, wenn diese Rechtsnormen mit der n.s. Weltanschauung in unlöslichem Widerspruch stehen. Beide Ansichten stimmen jedoch darin überein, daß der Richter verpflichtet ist, äußerst gewissenhaft nachzuprüfen, ob eine solche Rechtsnorm nicht durch Auslegung oder mit Hilfe einer Generalklausel dem neuen Rechtsdenken angepaßt werden kann. Nach der von Frank vertretenen Ansicht darf sich der Richter allerdings damit noch nicht zufrieden geben; er muß vielmehr noch prüfen,

[29]) Leitsätze von Dahm, Eckhardt, Höhn, Ritterbusch u. Siebert, in Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 123/124.

[30]) Eduard Kern, „Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts“ 1936/15.

[31]) Dölle, DJ. 1934 Sp. 1017 f..

[32]) Eckhardt, „Richteramt“, Deutsche Rechtswissenschaft 1936-129.

soferne er zur Feststellung gelangt, daß eine Ueberbrückung nicht möglich ist, ob die Rechtsnorm mit den wesentlichen Grundsätzen des neuen Staates in Widerspruch steht. Trifft dies zu, so darf der Richter vom Gesetz abweichen[33]).

Diese Ansicht vermeidet einerseits die starre Bindung des Richters an das Gesetz, andererseits stellt sie den Richter nicht an die Stelle des Gesetzgebers[34]). Sie wird deshalb den Bedürfnissen und Grundsätzen des neuen Staates gerecht. Trotzdem birgt sie noch eine Gefahr in sich. Sie gibt dem Richter keine Anhaltspunkte und Richtlinien, um im Einzelfall den Widerspruch der anzuwendenden Rechtsnorm mit den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung feststellen zu können. Das kann leicht dazu führen, daß sich der Richter im Endergebnis doch an die Stelle des Gesetzgebers setzt. Dieser Gefahr begegnet Freisler dadurch, daß er verlangt, der Richter solle sich nicht mit der Feststellung begnügen, die anzuwendende Rechtsnorm schlage dem gesunden Volksempfinden ins Gesicht. Freisler verlangt vielmehr vom Richter die weitere Prüfung, ob „autoritative Willensäußerungen des Führers vorliegen, die die Außerkraftsetzung solcher an sich vom n.s. Staat übernommenen gesetzlichen Bestimmungen dokumentieren, sei es auch, daß es sich um Aeußerungen handle, die nicht in der Form der formalen Aufhebung solcher Gesetze, vielleicht überhaupt nicht in der Form von Gesetzen erlassen

[33]) Vgl. hierzu: Rothenberger, „Aufgaben der Rechtspflege", Deutsche Rechtspflege S. 506; Moser v. Filseck, a. a. O. S. 223; Schmidt-Klevenow, „Zur Frage der Feststellung der Unehelichkeit u. Abstammung eines Kindes", JW. 1936/16 f.; Vollhardt, „Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar?", JW. 1935/2475 f.; Herrschel, „Staatlicher Befehl u. richterliches Ermessen", DJZ. 1933 Sp. 1008 f.; Trinius, „Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach Ablauf der Anfechtungsfrist", DR. 1936/99 f.; Köhler, DR. 1936 S. 204/205; Bull, DR. 1935 S. 179/180; „Die Bindung an das Gesetz", Arch. ziv. Prax. Bd. 139/337 f.; Schaffstein, „Formalismus im Strafrecht", DR. 1934/349 f. bes. 352; Eckhardt, „Richteramt" in Deutsche Rechtswissenschaft 1936/130: „Ein Richter, der sich zum Leitsatz macht, ein vorn. s. Gesetz dann u. nur dann nicht anzuwenden, wenn eine Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde, wird sich von einer voreiligen Preisgabe überkommener Rechtsregeln ebenso freihalten wie von einer lebensfremden Buchstabengläubigkeit"; Dackweiler, „Recht, Richter u. Gesetz", Jugend u. Recht, H. Nr. 6 S. 136.

[34]) Vgl. Eckhardt, „Richteramt", S. 130.

seien. Aber nur dann, wenn solche unzweifelhaft mit Gesetzeskraft ausgestatteten Willensäußerungen vorliegen, und wenn unzweifelhaft übernommene gesetzliche Bestimmungen der früheren Zeit durch Maßnahmen der NS. Volksführung überholt seien, vermöge der Richter im Einzelfall an dem Gebot eines formal noch nicht aufgehobenen Gesetzes vorüberzugehen. In aller Regel der Fälle sei jedes bestehende Gesetz Bestandteil des geltenden Rechts, solange es nicht aufgehoben oder überholt sei"[35]).

Es ist nun richtig — wie Ule, a.a.O. bemerkt —, daß auch die Ansicht Freislers in der Praxis eine Fülle von Schwierigkeiten bietet. Sie verdient aber den Vorzug, weil sie dem Richter Maßstäbe an die Hand gibt für die Prüfung, ob sich die anzuwendende Rechtsnorm mit den wesentlichen Grundsätzen des n.s. Rechtsdenkens in Widerspruch befindet. Wird nach der Ansicht Freislers verfahren, so bleibt der so bedeutsame Grundsatz der Einheit der Führung gewahrt. Denn der Richter ist auch hier streng an den eindeutig zum Ausdruck gelangten Willen des Führers gebunden. Trotzdem wird auch bei dieser Meinung die Gefahr zu starrer Bindung des Richters an das Gesetz vermieden. Der Ansicht Freislers wird deshalb hier beigepflichtet; sie allein zeigt dem Richter den Weg, den er bei der Anwendung einer Rechtsnorm des alten Staates zu beschreiten hat.

Der Richter muß demnach zunächst gewissenhaft und sorgfältig prüfen, ob eine anzuwendende Rechtsnorm des alten Staates, die mit der n.s. Weltanschauung nicht in Einklang steht, durch Auslegung oder die Anwendung einer Generalklausel dem n.s. Rechtsdenken angepaßt werden kann. Führt das nicht zum Ziele, so hat der Richter weiter zu prüfen, ob diese Rechtsnorm mit den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung in krassem Widerspruch steht. Damit darf sich der Richter aber noch nicht begnügen. Er muß vielmehr noch feststellen, ob eine autoritative Willensäußerung des Führers vorliegt, aus der zu entnehmen ist, daß der betr. Rechtsnorm eine Geltungskraft nicht mehr

[35]) Freisler, „Richter u. Gesetz" in Verw.Akademie I 2 Beitr. 17 S. 10/11; „Volk, Richter u. Recht", DJ. 1935/1160 f..

beigemessen werden kann. Erst dann, wenn er das Vorliegen einer solchen autoritativen Willensäußerung festgestellt hat, darf und muß er der betr. Rechtsnorm die Anwendung versagen[36]).

§ 25. Die Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung.

Ueber die Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung (WRV.) herrscht in der Rechtsprechung und im Schrifttum ein lebhafter Meinungsstreit. Dabei handelt es sich keineswegs um einen Streit mit leeren Worten. Nicolai[1]) weist mit Recht darauf hin, daß sich an diese Frage zwei juristische Fragen von Bedeutung anschließen. Die eine befasse sich mit der Feststellung des Zeitpunktes, in dem die Reichsverfassung von 1919 im ganzen außer Kraft getreten sei; die andere frage nach den Auslegungsgrundsätzen, die auf die neuen verfassungsändernden oder verfassungsbegründenden Gesetze und auf die Vorschriften der Reichsverfassung von 1919 anzuwenden seien. Welche Bedeutsamkeit die gestellten Fragen für das Rechtsleben besitzen, braucht im Einzelnen nicht erörtert zu werden. Ein Blick in die Rechtsprechung genügt, um darzutun, zu welch verschiedenartigen Ergebnissen man gelangen kann und muß, je nachdem man die Frage der Weitergeltung der WRV. beantwortet[2]).

Die im Verlaufe des Meinungsstreites entwickelten Ansichten lassen sich nun im wesentlichen in drei Gruppen zusammenfassen. Es darf freilich nicht übersehen werden, daß die in einer Gruppe zusammengefaßten Meinungen wiederum mehr oder weniger voneinander abweichen.

---

[36]) Der Richter darf demnach ältere Rechtssätze nicht verwenden, wenn sie solchen n.s. Grundsätzen widersprechen, die sich irgendwie schon zu Rechtssätzen ausgeformt haben. Das kann z. Bsp. geschehen durch Bildung eines Gewohnheitsrechts oder dadurch, daß eine der Form nach beschränkte Gesetzesvorschrift erlassen ist, die aber tatsächlich einen weitergreifenden Rechtsgedanken verwirklicht (Steueranpassungsgesetz).

[1]) Nicolai, „Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz v. 30. 1. 1934" in Heft 9: „Das Recht der nationalen Revolution" S. 31.

[2]) Vgl. das von Rolf Stödter angeführte Entscheidungsmaterial: Stödter, „Verfassungsproblematik u. Rechtspraxis", Arch. ö. R. NF. 27/166 f..

Zur ersten Gruppe zählen alle die Auffassungen, die die Weitergeltung der WRV. insoweit annehmen, als sie nicht ausdrücklich aufgehoben ist.

Die zweite Gruppe umfaßt die Meinungen, die die Weimarer Verfassung für tot erklären und die Weitergeltung einzelner in ihr enthaltenen Bestimmungen mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rezeption rechtfertigen wollen.

Zur dritten Gruppe gehören diejenigen, die der WRV. die Geltung als Staatsgrundgesetz absprechen, gleichzeitig aber den Standpunkt vertreten, daß zahlreiche in der WRV. enthaltenen Rechtssätze, solange nicht neues, abweichendes Recht geschaffen sei, als Rechtsgrundlage noch weiterbestehen. Voraussetzung für das Weiterbestehen dieser Rechtssätze sei jedoch ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung.

Die Anhänger der ersten Gruppe gehen von der Tatsache aus, daß die Verfassung von 1919 als ganzes nicht ausdrücklich aufgehoben wurde. Eine stillschweigende Beseitigung der WRV. durch die n.s. Revolution komme aber nicht in Frage. Denn zahlreiche und zwingende Beweisgründe würden gegen eine derartige stillschweigende Außerkraftsetzung der WRV. sprechen. Dabei findet man häufig den Hinweis auf die Erklärungen des Führers, er wolle die Macht auf legalem Wege, also unter Benutzung der Regeln der WRV., erlangen. Ferner wird mitunter auf die Tatsache verwiesen, daß der Führer diese Erklärungen in dem vom 23. Sept. bis 4. Okt. 1930 vor dem Reichsgericht verhandelten Strafprozeß gegen die drei Ulmer Reichswehroffiziere eidlich bekräftigte und dann auch am 30. 1. 1933 tatsächlich auf legalem Wege zur Macht gelangte[3]). Die Vertreter der ersten Gruppe fahren nun fort, der Führer habe sich auch nach der Machtergreifung dementsprechend verhalten. Denn wäre die Beseitigung der ganzen geltenden Reichsverfassung die Absicht des Führers gewesen, so hätte er diese ebensogut vornehmen können, wie die Abänderung nur einiger Vorschriften[4]). Statt dessen sei die WRV. durch

[3]) Nicolai, Neuaufbau, S. 32.
[4]) Lobe, Arch. ö. R. NF. 28/199.

verfassungsändernde Gesetze stückweise abgetragen worden. Die wichtigsten dieser neuen Gesetze, nämlich das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 3. 1933 und das Neuaufbaugesetz vom 30. 1. 1934, seien sogar auf dem durch die WRV. vorgeschriebenen Gesetzgebungswege und in den Formen des Art. 76 der WRV. zustandegekommen. Sämtliche verfassungsändernde Gesetze des ersten Jahres nach der Machtergreifung nähmen ausdrücklich auf die WRV. Bezug. Noch in dem Erlaß vom 2. 8. 1934 (RGBl. I S. 751) habe der Führer erklärt, daß das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches vom 1. 8. 1934 (RGBl. I S. 747) „verfassungsrechtlich gültig sei." Daraus müsse man aber entnehmen, daß der Führer selbst die Weitergeltung der WRV. wolle, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben oder stillschweigend durch entgegenstehende Gesetze beseitigt sei[5]). Während Lobe im Hinblick auf die soeben genannten Gründe die Weitergeltung der WRV., soweit sie durch Gesetze nicht stillschweigend oder ausdrücklich aufgehoben sei, schlechthin bejaht, macht Nicolai eine gewisse Einschränkung. Nach der Ansicht von Nicolai ist zwar die WRV. grundsätzlich noch in Kraft, aber nur formell, d. h. dem Buchstaben nach. Hinter dem Buchstaben des Gesetzes stehe der noch sehr viel wesentlichere Rechtsgeist. Daraus folge, daß „die Gesamtstruktur unserer Verfassung" im Augenblick der n.s. Machtergreifung, also am 30. I. 1933, eine durchgreifende Wandlung erfahren habe. Der Buchstaben der WRV. sei stehen geblieben, mit ihm sei gesetzgeberisch zu rechnen, aber „der n.s. Rechtsgeist" habe über „den Ungeist von Weimar" gesiegt[6]). Flor[7]) glaubt aus der Tatsache der legalen Machtergreifung folgern zu müssen, daß die n.s. Revolution überhaupt keine Revolution im Rechtssinne sei. Es gebe somit kein revolutionäres Recht, sondern nur die Rechtsgrundlage der WRV. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht bedarf keines weiteren

---

[5]) Lobe, Arch. ö. R. NF. 28/199; Nicolai, Neuaufbau, S. 32/33; Merk, Verfassungsschutz, 1935/624; Wider, „Die staatsrechtliche Entwicklung im Reich u. die Württ. Landesverfassung" 1935/162.

[6]) Nicolai, Neuaufbau, S. 34.

[7]) Flor, „Der Kirchenstreit vom Rechtsstandpunkt der Kirche aus betrachtet", Junge Kirche, 1933 Heft 16 S. 226 ff..

Nachweises[8]). Auch die Ansicht von Walz kann noch zur ersten Gruppe gezählt werden[9]). Walz meint, es bestünden zwei völlig verschiedenartige Verfassungsschriften nebeneinander. Die n.s. Verfassung habe jedoch die alte WRV. nahezu restlos verdrängt.

Demgegenüber wird die Weitergeltung der WRV. von der zweiten Gruppe mit Entschiedenheit verneint. Ihre Vertreter sagen, die WRV. sei tot. Ausgangspunkt für dieses Ergebnis ist der Begriff der politischen Verfassung. Dieser Begriff steht in schärfstem Gegensatz zu den im Weimarer Staat gebräuchlichen Begriffen der materiellen und formellen Verfassung. Unter Verfassung im materiellen Sinn verstand man im vergangenen Staat alle die Rechtssätze, welche die Organisation der Staatsgewalt betrafen, also insbesondere die Gesetze, die die Einsetzung und die Tätigkeit der obersten Staatsorgane regelten. Als Verfassung im formellen Sinn galt allein die Verfassungsurkunde; sie wurde ergänzt durch all die Gesetze, die in den für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Formen zustandegekommen waren. Die Verfassung im Sinne des n.s. Staatsrechts, die politische Verfassung, ist aber die Grundordnung, die die Vielheit politischer Werte und Kräfte zur staatlichen Einheit zusammenfaßt[10]). Die politische Verfassung besteht aus bestimmten fundamentalen Rechtsgrundsätzen, die ein politisches Gesamtsystem bilden. In diesem Gesamtsystem gewinnt das Volk seine Gestalt. Die Vertreter der zweiten Gruppe folgern nun hieraus, daß die Beseitigung fundamentaler Rechts-

[8]) Vgl. beispielsweise: Goebbels, „Wesen u. Gestalt des Nationalsozialismus", Berlin 1934/8 f. u. S. 12; Emig, in Z. f. ges. St. W. 95/474.

[9]) Walz, „Das Ende der Zwischenverfassung", S. 45 f..

[10]) Vgl. statt Vielen: Huber, „Wesen u. Inhalt der politischen Verfassung", 1935/7; Koellreutter, „Deutsches Verfassungsrecht" 1936/17 f.; Emig, Z. f. ges. St. W. 95/479 u. Deutsches Verwaltungsblatt 1934/311; Stödter, „Verfassungsproblematik u. Rechtspraxis", Arch. ö. R. NF. 27/166 f.; Schmitt, „Verfassungslehre", 1928/20; Quecke, „Reichsenteignungsrecht", Berlin 1936 S. 4; Weber-Wieacker, „Eigentum u. Enteignungsrecht", Hamburg 1935/6 u. S. 9; Weber, „Eigentum u. öffentliche Verwaltung im neuen Reich", DJZ. 1935 Sp. 659 f.; Scheuner, RVerw.Bl. 1936 S. 7. Vgl. auch noch Huber, „Vom Sinn der Verfassung", Rede gehalten am 30. 1. 1935; „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches", Z. f. ges. St. W. 95/206.

grundsätze gleichzeitig die Beseitigung einer bestimmten Verfassung bedeute. Die WRV. beruhe auf den Grundsätzen der Demokratie, des Liberalismus, des Parlamentarismus, der Gewaltenteilung und des bürgerlichen Rechtsstaates. Diese Grundsätze seien im n.s. Staate ersetzt durch die Gedanken der Einheit und Ganzheit des Volkes, der Bewegung und der Führung. Damit sei aber auch die WRV. beseitigt worden[11]). Diesem Ergebnis stehe auch nicht entgegen, daß die Gesetze vom 24. III. 1933 und vom 30. I. 1934 auf dem für Verfassungsänderungen vorgesehenen Weg des Art. 76 der WRV. zustandegekommen seien. Den Weg des Art. 76 WRV. habe man aus Gründen der Legalität, der äußeren Gesetzmäßigkeit beschritten. Man habe so die Kontinuität bewahrt[12]). Die Methode der Legalität sei nur mit Rücksicht auf das technische Funktionieren des Justiz- und Verwaltungsapparates beibehalten worden. Ueber der Legalität stehe nämlich die Legitimität, die innere Rechtfertigung eines politischen oder staatsrechtlichen Aktes[13]). Die Gesetze vom 24. III. 1933 und vom 30. I. 1934 hätten ihre Legitimität allein aus der n.s. Revolution erhalten. Diese Gesetze seien deshalb in Wahrheit die Kernstücke der neuen n.s. Verfassung[14]). Wenn trotzdem auch heute noch einzelne in der WRV. enthaltene Rechtssätze rechtsverbindlich seien, „so nicht weil, sondern obwohl sie in ihr bestehen"[15]). Es handle sich demnach nicht um ein einfaches „Fortgelten", sondern um eine Uebernahme, „die Rezeption", alter Verfassungssätze durch eine neue Ordnung[16]). Nach der Ansicht der zweiten Gruppe müßte der Richter somit in jedem Einzelfall prüfen, welche von den Bestimmungen der

---

[11]) Vgl. Huber, „Verfassung", 1937/48.

[12]) Eckhardt, „Richteramt", D.Rechtswissenschaft 1936/128; Huber, „Verfassung", S. 46.

[13]) Schmitt, „Legalität u. Legitimität", München-Leipzig 1932; Forsthoff, „Der totale Staat", 2. Aufl. S. 30 f..

[14]) Vgl. Huber, „Verfassung", S. 46/47.

[15]) Eckhardt, „Richteramt", D.Rechtswissenschaft 1936 S. 128.

[16]) Huber, „Verfassung", S. 51. Zum selben Ergebnis gelangen auch C. Schmitt, „Staat, Bewegung, Volk", S. 5 f.: „Die Weimarer Verfassung hat nicht nur dem Geiste nach, sondern auch formal zu gelten aufgehört"; Koellreutter, DJZ. 1935 Sp. 519; Reuß, JW. 1933/2945 u. JW. 1937/1399.

WRV. durch Uebernahme in die n.s. Rechtsordnung erneute Geltung erhielt[17]).

Die beiden erwähnten Ansichten, stehen sich — wie wir gesehen haben — schroff gegenüber. Aber weder der einen noch der anderen der beiden Meinungen kann in vollem Umfange beigepflichtet werden. Die Ansicht, die die Weitergeltung der WRV. und sei es auch nur formal bejaht, übersieht, was von den Vertretern der zweiten Gruppe richtig erkannt wird, daß die WRV. nicht mehr die Grundlage des heutigen Staates sein kann[18]). Die WRV. ist mit dem Sieg der n.s. Weltanschauung als Verfassung des deutschen Volkes außer Kraft getreten. Darüber kann ein Zweifel nicht bestehen. Umgekehrt geht jedoch die Ansicht, die die WRV. für tot erklärt und die Rezeption einzelner Bestimmungen der Verfassung annimmt, zu weit. Das Verhalten des Führers und Reichsgesetzgebers spricht mit Entschiedenheit gegen die Rezeption einzelner in der WR.V. stehenden Verfassungsbestimmungen und Rechtssätze. Alle die Beweisgründe, die von den Vertretern der ersten Gruppe für die Weitergeltung der WRV. angeführt werden, sprechen zwar nicht für die Weitergeltung der WRV. als Verfassungsgesetz des neuen Staates, wohl aber für die Fortgeltung einzelner in der Weimarer Verfassungsurkunde enthaltenen Rechtssätze. Lobe[19]) bemerkt ganz richtig; „Wie kann man einzelne Vorschriften der Verfassung erst rezipieren, nur um sie dann sofort aufzuheben!"

[17]) Huber, „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs", Z. f. ges. St. W. 95/207.

[18]) Vgl. hierzu Krüger, „Die Schöpfung des neuen Verfassungsrechtes", Deutsche Verwaltung 1934/109 u. 110; Emig, Z. f. ges. St. W. 95/478: „Der Vorrang der Verfassung im formellen Sinn ist beseitigt, der Begriff der Verfassung in diesem Sinn hat seine Bedeutung für das deutsche Recht verloren". Ders. S. 481: „Die WRV. ist aber auch nicht mehr Verfassung im materiellen oder, wie ich statt dessen sagen möchte, im eigentlich politischen Sinn, also keinesfalls mehr Grundlage des politischen Lebens"; Lammers, DJ. 1934/1399; Schmitt, „Staat, Bewegung, Volk", 1933/6 u. DR. 1934/27; Gerber, „Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches", 1933/31; Fauser, Arch. ö. R. NF. 26/143 Anm. 21; Held, „Volk, Recht u. Staat, im Licht deutscher Rechtserneuerung", 1935-25; Scheuner, Arch. ö. R. NF. 24/293; Huber, Z. f. ges. St. W. 95/206 u. JW. 1934/1745.

[19]) Lobe, Arch. ö. R. NF. 28/199.

Ein solches Verhalten wäre widersinnig[20]). Wenn Lobe daraus den Schluß ziehen will, die WRV. gelte weiter, so kann ihm darin allerdings nicht zugestimmt werden. Die WRV. ist als Verfassung durch die politische Verfassung des neuen Staates ersetzt und demnach beseitigt worden. Einzelne in ihr enthaltenen Rechtssätze gelten aber als einfache Gesetze fort. Freilich trifft dies heute nur noch für einen kleinen Teil der in der WRV. enthaltenen Bestimmungen zu. Denn einmal sind zahlreiche Bestimmungen der WRV. ausdrücklich oder stillschweigend durch Gesetze des neuen Staates außer Kraft gesetzt worden. Zum anderen enthält die Weimarer Verfassungsurkunde viele Programm- und Rechtssätze, die im schärfsten Gegensatz zu der n.s. Weltanschauung stehen. Es handelt sich insbesonders um Programm- und Rechtssätze, die auf Kompromissen entgegengesetzter politischer und wirtschaftlicher, kultureller und religiöser Anschauungen beruhen. Diese Programm- und Rechtssätze sind im Augenblick der n.s. Machtergreifung außer Kraft getreten. Denn sie sind durch den Geist der n.s. Weltanschauung und durch die Zielsetzung des neuen Staates überwunden. Daneben finden sich in der Weimarer Verfassungsurkunde auch Rechtssätze, die schon längst dem deutschen Ideengute angehören. Diese Rechtssätze sind auch im neuen Staate rechtsverbindlich und gelten als einfache Gesetze fort[21]). Für den Richter erwächst hieraus die Auf-

[20]) Hinzu kommt, daß nur „rezipiert" werden kann, was nicht schon als Recht gilt. Daraus folgt:

1) Es müßte eine rechtlose Zwischenzeit bestanden haben, während der das alte Recht außer Kraft getreten aber noch nicht wieder „rezipiert" war; das trifft aber nicht zu.
2) Es müssen bestimmte Akte vorliegen, durch die die einzelnen Normen oder Normengruppen „rezipiert" sind; das läßt sich aber für die Gesamtheit des weiter angewendeten alten Rechts nicht nachweisen.

[21]) So auch Meißner-Kaisenberg, „Staats- u. Verwaltungrecht im Dritten Reich", 1935/15 f.; Emig, „Der Begriff der Verfassung im heutigen Deutschen Recht", Z. f. ges. St. W. 95/478; Pfundtner im n. s. Handbuch f. Recht u. Gesetzgebung v. Dr. Hans Frank S. 308 f.: „Die Quellen der geltenden Verfassung"; Crohne, „Die Verbote der Internationalen Vereinigung Ernster Bibelforscher sind rechtsgültig", DJ. 1935/1144 f.; Lammers, DR. 1934/1399: „Nach richtiger, der bisherigen politischen u. staatsrechtlichen Entwicklung u. den Bedürfnissen der Staatspraxis Rechnung tragenden Auffassung sind einzelne Teile von ihr (WRV.) als einfaches Gesetz,

gabe, im Einzelfall die Vereinbarkeit einer in der WRV. enthaltenen Bestimmung mit der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Gelangt er nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis, daß dies zu verneinen ist, so hat er der betr. Bestimmung die Anwendung zu versagen. Besonders die im zweiten Hauptteil der WRV. stehenden Programm- und Rechtssätze sind größtenteils mit der n.s. Weltanschauung unvereinbar. Es handelt sich in der Regel um Bestimmungen, die die Sicherung der staatsfreien Sphäre des Einzelnen bezwecken. Soweit dies zutrifft, können diese sog. Grundrechtsbestimmungen der WRV. im n.s. Staate eine Rechtsverbindlichkeit nicht mehr beanspruchen[22]). Es finden sich aber unter diesen Grundrechtsbestimmungen auch Rechtssätze, die lediglich in die WRV. aufgenommen wurden, um ihnen die verstärkte Geltungskraft der Verfassungsbestimmungen zu verleihen. Die Fortgeltung solcher Bestimmungen wird bejaht werden müssen. So wird die Rechtsverbindlichkeit des Art. 131 WRV. von niemanden bestritten. Ferner wird die grundsätzliche Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges in Enteignungssachen in mehreren Reichsgerichtsentscheidungen bejaht[23]). Im Schrifttum

nicht als Verfassung in Kraft . . . .; Tatarin-Tarnheyden, „Werdendes Staatsrecht" 1934/8 ist offenbar derselben Ansicht. Die WRV. gelte nicht mehr als Verfassung u. ihre Einzelbestimmungen bestünden nur insoweit fort, als sie nicht mit dem Urnomos des neuen Staates unvereinbar seien; ähnlich auch RGZ. 149/167, Urt. des I. ZS. v. 6. Nov. 1935, zuvor hat das RG. die grundsätzliche Weitergeltung der WRV. in ständiger Rspr. vertreten. Ob nun mit der genannten Entsch. in der Rspr. des RG. eine endgültige Wendung eingetreten ist, bleibt noch abzuwarten. Eine endgültige Wendung in der Rspr. des RG. ist aber wahrscheinlich, zumal das RG. auch in der Frage, ob der Richter gegen die Rechtsnormen des alten Staates entscheiden darf, seine Ansicht geändert hat (vgl. RGZ. in JW. 1937/155, Urt. d. IV. ZS. v. 23. 11. 1936). Vgl. auch Sondergericht Hamburg in JW. 1935 S. 2988 u. Sondergericht Schwerin in JW. 1935/2082.

[22]) So hat der Reichsinnenminister durch den Preuß. Finanzminister auch im Namen des Preuß. Ministerpräsidenten u. der anderen preußischen Minister mitteilen lassen, daß das in der WRV. verbriefte Recht auf Einsicht des Beamten in seine Personalakten dem n. s. Führergrundsatz widerspricht u. darum als durch die Verhältnisse überholt anzusehen, ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung außer Kraft getreten sei.

[23]) Vgl. beispielsweise RGZ. 150/9 f., Urt. d. III. ZS. v. 17. 12. 1935; RGZ. 150/180 f., Urt. v. 31. 1. 1936. Auch das Preuß. OVG. teilt die Ansicht des RG.: Pr.OVG.Entsch. v. 25. Okt. 1934 RVerw. Bl. 1935/456 f.

herrscht jedoch über die Frage der Anwendbarkeit des Art. 153 WRV. lebhafter Streit[24]).

Das Ergebnis dieser Untersuchung läßt sich nun dahin zusammenfassen, daß die WRV. im neuen Staat nicht mehr als Verfassungsgesetz gilt. Einzelne ihrer Bestimmungen gelten aber fort, soweit sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch die Gesetzgebung des neuen Staates außer Kraft gesetzt wurden. Die Bestimmungen der WRV., die mit der n.s. Weltanschauung unvereinbar sind, sind gleichfalls ausser Kraft getreten. Der Richter hat deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob eine Bestimmung der WRV. mit der n.s. Weltanschauung unvereinbar und daher unanwendbar ist.

E. Zusammenfassung.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist nun festzustellen, daß die richterliche Prüfungszuständigkeit im n.s. Staat weitgehend eingeschränkt ist.

Die Betrachtung der Rechtsprechung zeigte, daß auch die Gerichte mehr und mehr dieser Erkenntnis Rechnung tragen. Dem Richter wird die Nachprüfung der Rechtsregeln des Führers und Reichsgesetzgebers in materieller Hinsicht entzogen. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters wird auf die Nachprüfung der ordnungsmäßigen Verkündung beschränkt. Die richterliche Ueberprüfung der VO.en der R.M. wird zwar noch grundsätzlich für zulässig erachtet. Der Richter muß prüfen, ob der R.M. zum Erlaß der VO. zuständig war und ob sich die VO. im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält; er hat ferner zu prüfen,

[24]) Schlegelberger-Hoche („Das Recht der Neuzeit" 11. Aufl. S. 93) meint, Art. 153 WRV. sei durch § 1 der VO. zum Schutz von Volk u. Staat v. 28. II. 1933 bis auf weiteres, u. zwar nicht unter Beschränkung auf die in dieser VO. zugelassenen Maßnahmen, sondern allgemein außer Kraft gesetzt. So ähnlich auch RGZ. 145/369.

Andere glauben Art. 153 WRV. sei mit der n. s. Weltanschauung unvereinbar u. deshalb unanwendbar. So Quecke, Reichsenteignungsrecht „Berlin 1936/4; Weber-Wieacker, „Eigentum u. Enteignung" Hamburg 1935/6 u. S. 9; Weber, „Eigentum u. öffentliche Verwaltung im neuen Reich" DJZ. 1935 Sp. 659 f.; Scheuner, RVerw. Bl. 1936/7; vgl. auch Maunz, „Zur Umgestaltung des Enteignungsrechts" DJZ. 1935/1011 f..

ob die VO. mit den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers in Einklang steht und in den zwingenden Formen gegeben ist, die das Gesetz vorschreibt. Tatsächlich wird aber die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den VO.en der R.M. erheblich begrenzt. Denn es wird anerkannt, daß die R.M. grundsätzlich das ermächtigende Gesetz durch Schaffung neuer Tatbestände ergänzen dürfen. Der Richter kann dann höchstens prüfen, ob sich die VO. in den Grenzen des vom Gesetz geregelten Rechtsgebietes hält und ferner, ob das Gesetz den Gegenstand der VO. nicht schon abschließend geregelt hat. Demgegenüber wird dem Richter grundsätzlich das volle materielle und formelle Prüfungsrecht gegenüber allen sonstigen Rechtsnormen des neuen Staates, seien es nun Rechtsnormen staatlicher Behörden oder Rechtsnormen von Körperschaften des öffentlichen Rechts, zugebilligt. Eine Ausnahme bilden jedoch die Landesgesetze, die einer reichsministeriellen Zustimmung bedürfen. Bei ihnen hat der Richter lediglich festzustellen, ob der zuständige Minister die Zustimmung wirklich erteilt hat und ob sie ordnungsmäßig verkündet sind. Der Richter besitzt auch solchen Verordnungen gegenüber, die staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit zum Gegenstand haben, keine materielle Prüfungszuständigkeit. Bei den Rechtsnormen des alten Staates hat der Richter zu prüfen, ob sie mit im Range höher stehenden Rechtsnormen vereinbar sind und ob sie ordnungsmäßig verkündet wurden. In der Frage, ob der Richter die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung hin prüfen darf, gehen die Ansichten der Gerichte stark auseinander. Das Reichsgericht betonte früher die strenge Bindung des Richters an das Gesetz. Die anderen Gerichte folgten dieser Ansicht mehr und mehr. Entscheidungen, die ein derartiges Prüfungsrecht bejahten, wurden seltener. Mit der Entscheidung des IV. Z.S. des RG. vom 23. 11. 1936 (JW. 1937/155) scheint sich jedoch eine bedeutsame Wendung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu vollziehen. Der IV. Z.S. des RG. hat in dieser Entscheidung dem Richter die Befugnis zugebilligt, die Vereinbarkeit der Rechtsnormen des alten Staates mit der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Aehnlich verhält sich die

Rechtsprechung in der Frage der Weitergeltung der WRV., Früher vertrat das RG. den Standpunkt, die WRV. gelte insoweit weiter, als sie nicht ausdrücklich oder stillscheigend durch die Gesetzgebung des n.s. Staates außer Kraft gesetzt sei. Mit der Entscheidung des I. Z.S. des RG. vom 6. 11. 1935 (RGZ. 149/167 f.) scheint sich jedoch auch hier eine entscheidende Wendung in der Rechtsprechung des RG. zu vollziehen. Der I. Z.S. des RG. hat in dieser Entscheidung dem Richter das Recht eingeräumt, die Grundrechtsbestimmungen der WRV. auf ihre Uebereinstimmung mit der n.s. Weltanschauung hin nachzuprüfen. Ob sich die Stellungnahme des IV. und des I. Z.S. des RG. zur ständigen Rechtsprechung des RG. verfestigen wird, bleibt noch abzuwarten.

Im wesentlichen ist damit der von der Rechtsprechung bei Abschluß dieser Arbeit erreichte Stand in der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit aufgezeigt. Bei dem von der Rechtsprechung erreichten Stand wird man jedoch nicht stehen bleiben dürfen. Aus diesem Grunde wurde in dieser Arbeit der Versuch unternommen, die Grenzen der richterlichen Prüfungszuständigkeit im n.s. Staate aufzuzeigen. Dabei wurde gefunden, daß diese Grenzen teils enger teils weiter sind, als dies von der Rechtsprechung anerkannt wird. Das Ergebnis der angestellten Untersuchungen ist nun kurz zusammengefaßt Folgendes:

Eine materielle Prüfungsbefugnis des Richters gegenüber den vom Führer stammenden Rechtsregeln scheidet schlechthin aus. Der Richter hat lediglich in Zweifelsfällen festzustellen, ob diese Rechtsregeln überhaupt vom Führer stammen. Demgegenüber besteht grundsätzlich die volle materielle und formelle Prüfungszuständigkeit des Richters für alle Rechtsregeln, die unter dem Führer von einer Behörde oder einer mit Rechtssetzungsgewalt ausgestatteten Körperschaft des öffentlichen Rechts gegeben sind. Der Richter hat demgemäß zu prüfen, ob die betr. anzuwendende Rechtsregel von einer zuständigen Behörde oder Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Ermächtigung und in den zwingenden Formen ergangen ist, die das Gesetz vorschreibt. Er hat ferner zu prüfen, ob sich die Rechtsregel mit höherrangigen Rechtsregeln in Einklang be-

findet. Endlich hat er festzustellen, ob eine anzuwendende Rechtsregel ordnungsmäßig verkündet ist. Es können jedoch besondere Umstände vorliegen, die auch einer zweitrangigen Rechtsregel gegenüber die richterliche Prüfungszuständigkeit einschränken und mitunter nahezu restlos ausschließen. Zu betonen ist aber, daß die ordnungsmäßige Verkündung einer Rechtsregel, sofern sie nicht unmittelbar vom Führer selbst stammt, stets nachzuprüfen ist. Diese Nachprüfung wird auch durch das Vorliegen besonderer Umstände nicht ausgeschlossen[1]). Wird aber das richterliche Prüfungsrecht mitunter durch besondere Umstände eingeschränkt, so erwächst dem Richter hieraus die Pflicht, in erster Linie festzustellen, ob nicht derartige besonderen Umstände bei der anzuwendenden zweitrangigen Rechtsregel vorliegen. Solche besonderen Umstände wurden bei den VO.en der RM., und bei den VO.en der mit der Ausführung von Führerplänen Beauftragten, sowie bei den neueren Landesgesetzen und bei einem Teil der Landesverordnungen gefunden. Bei den VO.-en der RM. wurde die Feststellung getroffen, daß die Prüfungszuständigkeit des Richters praktisch mit der Nachprüfung der ordnungsmäßigen Verkündung erschöpft ist. Theorethisch besteht allerdings für den Richter noch die Befugnis, zu prüfen, ob der RM. sich für den Erlaß seiner VO. überhaupt auf eine gesetzliche Ermächtigung stützen kann. Da dies wohl stets zutrifft, kommt dieser Prüfungsbefugnis eine besondere praktische Bedeutung nicht zu. Wenn sie trotzdem erwähnt wird, so nur weil das Vorhandensein dieser Prüfungsbefugnis die Wesensverschiedenheit der Führerverordnung und der VO.en der RM. verdeutlicht. Bei den Landesgesetzen hat der Richter lediglich das Vorliegen der erforderlichen reichsministeriellen Zustimmung festzustellen. Aehnliches gilt für die Landesverordnungen, deren Erlaß oder Vorlage durch die VO. eines RM. angeordnet ist. Im ersten Fall hat der Richter zu prüfen, ob die Landesverordnung der Anordnung des RM.s entspricht; im letzten Fall, ob die Landesverordnung entsprechend der Anordnung des RM.s vorgelegt wurde Bei den aus dem alten Staat stammenden Rechtsnormen hat der Richter zu prüfen, ob sie mit höherrangigen und heute noch geltenden Rechtsnor-

[1]) Anders aber bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung.

men des alten Staates übereinstimmen. Selbstverständlich hat er auch die Pflicht, die Uebereinstimmung der Rechtsnormen des alten Staates mit den gleich- oder höherrangigen Rechtsnormen des n.s. Staates festzustellen. Ferner hat der Richter — und dies ist besonders bedeutsam — die Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung nachzuprüfen. Er darf aber der betr. Rechtsnorm die Anwendung nicht schon dann versagen, wenn er einen unüberbrückbaren Widerspruch zwischen der Rechtsnorm und der n.s. Weltanschauung festgestellt hat. Er hat vielmehr weiterhin zu prüfen, ob eine autoritative Willensäußerung des Führers vorliegt, aus der zu entnehmen ist, daß der betr. Rechtsnorm eine Geltungskraft nicht mehr beigemessen werden kann. Erst dann, wenn der Richter das Vorliegen einer solchen Willensäußerung des Führers feststellen kann, darf er der Rechtsnorm des alten Staates die Anwendung versagen und gegen das Gesetz entscheiden. Eine Ausnahme gilt allein für die Bestimmungen der Weimarer Verfassung. Stellt nämlich der Richter fest, daß eine von ihm anzuwendende Bestimmung der WRV. mit der n.s. Weltanschauung schlechterdings unvereinbar ist, so hat er ihr die Anwendung zu versagen. Der Nachprüfung, ob eine autoritative Willensäußerung des Führers vorliegt, der die Außerkraftsetzung der betr. Bestimmung der WRV. zu entnehmen ist, bedarf es hier nicht.

Abschließend soll noch bemerkt werden, daß sich der Verfasser durchaus bewußt ist, daß die Entwicklung im n.s. Staate zu anderen Ergebnissen führen kann. Insbesondere ist es nicht unwahrscheinlich, daß in diesem oder jenem Gesetz ausdrückliche Regelungen getroffen werden. Es sei in diesem Zusammenhange auf § 6 des Gesetzes zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 29. 10. 1936 (RGBl. I S. 927) hingewiesen. Im Weimarer Staat war wiederholt die gesetzliche Regelung des gesamten Problems gefordert worden. Eine derartige gesetzliche Regelung des Gesamtproblems in einem besonderen Gesetz erscheint dem Verfasser jedoch nicht empfehlenswert. Zweckmäßigkeitserwägungen der verschiedensten Art würden bald zu zahlreichen Sonderregelun-

gen führen, so daß von einer Klärung des Problems durch die gesetzliche Regelung nicht mehr gesprochen werden könnte. Begrüßenswert wäre es aber zweifellos, wenn besonders bedeutsame Teilfragen des Problems der richterlichen Prüfungszuständigkeit eine gesetzliche Regelung fänden. Hierbei wäre u. a. an das Problem der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber den VO.en der RM. und gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der n.s. Weltanschauung zu denken.

F. Tabelle.

A. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber dem im neuen Staate ausgeprägten Recht.

I. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsregeln des nationalsozialistischen Reichsgesetzgebers.

1. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

a. Die Nachprüfung der Uebereinstimmung der Führerakte mit dem Recht?

b. Die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit der Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers?

Ergebnis: Der Richter besitzt gegenüber den Rechtsregeln des Reichsgesetzgebers kein materielles Prüfungsrecht.

2. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter muß in Zweifelsfällen nachprüfen, ob die Rechtsregel überhaupt vom Führer stammt.

II. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Verordnungen der Reichsminister.

1. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter darf lediglich nachprüfen, ob die betr. Verordnung des Reichsministers überhaupt

auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht. Der Richter darf aber nicht nachprüfen, ob sich die Verordnung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält. Praktisch läuft dies auf eine völlige Verneinung der materiellen Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den VO.en der Reichsminister hinaus.

2. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den Verordnungen der Reichsminister ist beschränkt auf die Feststellung der ordnungsmäßigen Verkündung der betr. Verordnung.

III. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den von den verschiedenen Verwaltungen erlassenen Verordnungen.

1. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat grundsätzlich das volle materielle Prüfungsrecht. Er hat demgemäß zu prüfen, ob die betr. VO. oder sonstige Rechtsregel von einer zuständigen Behörde oder Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Ermächtigung und in den zwingenden Formen ergangen ist, die das Gesetz vorschreibt. Er hat ferner zu prüfen, ob sich die Rechtsregel mit höherrangigen Rechtsregeln in Einklang befindet. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters ist jedoch gegenüber solchen Verordnungen und Rechtsregeln der verschiedenen Verwaltungen, die staatspolitische Maßnahmen von besonderer Bedeutsamkeit enthalten, schlechthin ausgeschlossen.

2. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat nachzuprüfen, ob die Rechtsregeln der verschiedenen Verwaltungen in den vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Formen

gegeben wurden, insbesondere ob sie ordnungsmäßig verkündet wurden.

IV. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Landesgesetzen.

1. Landesgesetze, die noch nicht der reichsministeriellen Zustimmung bedurften.

a. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat nachzuprüfen, ob diese Landesgesetze mit dem Reichsrecht vereinbar sind.

b. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat die ordnungsmäßige Verkündung dieser Landesgesetze festzustellen.

2. Landesgesetze, die der reichsministeriellen Zustimmung bedürfen.

a. Die materielle Prüfungszständigkeit des Richters:

Ergebnis: Die materielle Prüfungszuständigkeit gegenüber diesen Landesgesetzen ist schlechthin ausgeschlossen.

b. Die formelle Prüfungzuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters ist insoweit gegeben, als der Richter nachzuprüfen hat, ob eine reichsministerielle Zustimmung vorliegt. Der Richter hat ferner zu prüfen, ob das Landesgesetz ordnungsmäßig verkündet ist.

V. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Landesverordnungen.

1. Landesverordnungen, die weder auf Grund der Verordnung eines Reichsministers erlassen sind, noch auf Grund der VO. eines R.M.s dem betr. R.M. vorzulegen sind.

a. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Es gilt in vollem Umfang das unter IV Ziffer 1 a Gesagte. Der Richter hat überdies nachzuprüfen, ob diese LVO.en mit den LG.en vereinbar sind.

b. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Es gilt in vollem Umfang das unter IV Ziffer 1 b Gesagte.

2. Landesverordnungen, die auf Grund der VO. eines R.M. (§ 4 Neuaufbauverordnung v. 2. II. 1934) erlassen sind.

a. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat nachzuprüfen, ob die Landesverordnung der Verordnung des RM.s entspricht.

b. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat die ordnungsmäßige Verkündung der Landesverordnung festzustellen.

3. Landesverordnungen, die auf Grund der VO. eines R.M.s dem betr. Reichsminister vor Erlass vorzulegen sind. (§ 3 II Neuaufbauverordnung v. 2. II. 1934.)

a. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber diesen LVO.en ist schlechthin ausgeschlossen.

b. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat zu prüfen, ob die Landesverordnung vor Erlaß dem betr. Reichsminister vorgelegt wurde.

B. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates.

I. Die materielle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Der Richter hat zu prüfen, ob die Rechtsnormen des alten Staates mit höherrangigen und heute noch geltenden Rechtsnormen des alten Staates übereinstimmen. Er hat ferner festzustellen, ob sie mit gleich- und höherrangigen Rechtsnormen des n.s. Staates im Einklang stehen.

II. Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters:

Ergebnis: Die formelle Prüfungszuständigkeit des Richters gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates reicht mindestens soweit, wie die formelle Prüfungszuständigkeit gegenüber den Rechtsregeln des n.s. Staates. Bei den Gesetzen des alten Staates hat der Richter außerdem die ordnungsmässige Verkündung festzustellen.

III. Die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den Rechtsnormen des alten Staates auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Ergebnis: Der Richter hat zunächst festzustellen, ob zwischen der Rechtsnorm des alten Staates und der n.s. Weltanschauung ein unlöslicher Gegensatz besteht. Stellt der Richter fest, daß die betr. Rechtsnorm des alten Staates in einem unlöslichen Gegensatz zu den wesentlichen Grundsätzen der n.s. Weltanschauung steht, so hat er weiterhin zu prüfen, ob eine autoritative Willensäußerung des Führers vorliegt, aus der zu entnehmen ist, daß der betr. Rechtsnorm eine Geltungskraft nicht mehr beigemessen werden kann. Erst dann, wenn der Richter das Vorliegen einer solchen autoritativen Willensentscheidung des Führers festgestellt hat, darf er gegen die Rechtsnorm des alten Staates entscheiden.

IV. Die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber den Bestimmungen der Weimarer Verfassung auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Ergebnis: Der Richter hat festzustellen, ob die betr. Bestimmung der Weimarer Verfassung mit der n.s. Weltanschauung in unlöslichem Widerspruch steht. Stellt der Richter einen derartigen unlöslichen Widerspruch fest, so darf er die betr. Bestimmung der WRV. nicht zur Anwendung bringen. Einer autoritativen Willensäußerung des Führers bedarf es hier nicht.

Lebenslauf.

Am 19. Januar 1911 wurde ich, Karl Mast, zu Großerlach, Kreis Backnang, als Sohn des verst. Pfarrers Karl Mast und seiner Ehefrau Emma, geb. Wohlleber geboren. Von Ostern 1919 ab besuchte ich die Vorklassen des Gymnasiums in Tübingen und trat im Frühjahr 1922 in die Oberrealschule Tübingen ein, die ich Ostern 1930 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Anschließend widmete ich mich an der Universität Tübingen dem Studium der Naturwissenschaften. Von Ostern 1931 ab studierte ich sodann an den Universitäten Tübingen und München Rechtswissenschaft und bestand am 17. Oktober 1935 die erste Justizdienstprüfung (in Stuttgart). Das mündliche Doktorexamen fand am 28. September 1937 statt, das ich gleichfalls mit Erfolg bestand.

Karl Mast.